Teoria Geral do Direito Constitucional

Teoria geral do direito constitucional

Jacqueline Mayer da Costa Ude Braz

© 2016 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente
Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica
Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico
Dieter S. S. Paiva
Camila Cardoso Rotella
Emanuel Santana
Alberto S. Santana
Regina Cláudia da Silva Fiorin
Cristiane Lisandra Danna
Danielly Nunes Andrade Noé

Revisão Técnica
Leandro da Silva Carneiro
Betania Faria e Pessoa

Editorial
Emanuel Santana
Cristiane Lisandra Danna
André Augusto de Andrade Ramos
Daniel Roggeri Rosa
Adilson Braga Fontes
Diogo Ribeiro Garcia
eGTB Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Braz, Jacqueline Mayer da Costa Ude
B794t Teoria geral do direito constitucional / Jacqueline Mayer da Costa Ude Braz. – Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2016.
256 p.

ISBN 978-85-8482-455-7

1. Direito constitucional - Brasil. I. Título.

CDD 341.2

2016
Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza
CEP: 86041-100 — Londrina — PR
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br
Homepage: http://www.kroton.com.br/

Sumário

Unidade 1 | Constituição e hermenêutica 9

Seção 1.1 - Histórico e fundamentos do constitucionalismo brasileiro 11

Seção 1.2 - Fundamentos filosóficos e políticos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) 31

Seção 1.3 - Mutação e reforma constitucional 44

Seção 1.4 - Métodos, limites, princípios e regras de interpretação constitucional 57

Unidade 2 | Eficácia, aplicação e organização do Estado 73

Seção 2.1 - Normas constitucionais: princípios 75

Seção 2.2 - Estado e Federação 90

Seção 2.3 - Federação na CF/88 105

Seção 2.4 - Entes federados e intervenção 123

Unidade 3 | Direitos e garantias fundamentais 141

Seção 3.1 - Gerações de direitos 143

Seção 3.2 - Direitos e garantias fundamentais 156

Seção 3.3 - Direitos individuais, coletivos e sociais 169

Seção 3.4 - Remédios constitucionais 182

Unidade 4 | Direitos, Partidos Políticos e Nacionalidade 197

Seção 4.1 - Direitos políticos 198

Seção 4.2 - Nacionalidade: pressupostos conceituais 214

Seção 4.3 - Nacionalidade: brasileiro nato ou naturalizado 227

Seção 4.4 - Cargos e perda da nacionalidade 244

Palavras do autor

Caro aluno,

Para iniciarmos nossos estudos na Teoria Geral do Direito Constitucional, vamos analisar as possíveis acepções da palavra "constituição", as suas classificações e elementos, bem como sua estrutura, preâmbulo e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), além dos princípios fundamentais que veicula. Estudaremos os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil e os métodos, limites e princípios da interpretação das normas constitucionais.

O estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional é extremamente relevante para a compreensão do Direito como um todo, afinal de contas, como veremos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é fundamento de validade de todas das normas do nosso sistema jurídico. Ela está no centro do nosso ordenamento jurídico irradiando seus efeitos e devendo ser observada por todos os outros atos normativos infraconstitucionais, sejam eles leis ordinárias, leis complementares, decretos, medidas provisórias, resoluções, regulamentos, portarias etc.

Não se preocupe! Veremos detalhadamente esses conceitos e definições, mas para que você os assimile com facilidade, é muito importante que dedique ao menos uma horinha por semana para o estudo desta unidade curricular. É importante que você reserve esse tempo para se dedicar à leitura do livro didático, resolução de questões e, quem sabe, seu interesse na disciplina aumente e você queira pesquisar mais sobre o tema?

Trabalharemos a seguinte competência: conhecer os fundamentos teóricos da organização jurídico-constitucional da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) destacando seus objetos, princípios e garantias.

Para o desenvolvimento do seu aprendizado, este livro é composto de quatro unidades de ensino: (1) Constituição e hermenêutica; (2) Eficácia, aplicabilidade e organização do Estado; (3) Direitos e garantias fundamentais; e (4) Direitos, partidos políticos e nacionalidade.

A primeira é intitulada "Constituição e hermenêutica" e nela estudaremos os seguintes temas: **(i) histórico e fundamentos do constitucionalismo brasileiro**, em que trabalharemos: (a) as definições, o histórico das constituições brasileiras, as classificações e elementos; (b) os princípios fundamentais na CF/88, a separação de poderes, bem como fundamentos, objetivos e princípios da CF/88; (c) as possibilidades de mutação e reforma constitucional; e (d) os métodos, princípios, limites e regras de interpretação das normas constitucionais; **(ii) fundamentos filosóficos e políticos da CF/88**, em que analisaremos: (a) os princípios fundamentais na CF/88: república, federação e Estado Democrático de Direito; (b) a separação de poderes; e (c) os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil na CF/88; **(iii) mutação e reforma constitucional**, em que trabalharemos (a) mutação, reforma, regras, princípios e derrotabilidade; e (b) estrutura da CF/88: preâmbulo e ADCT; **(iv) métodos, limites, princípios e regras de interpretação constitucional**, em que faremos a análise dos seguintes pontos: (a) métodos e limites de interpretação: clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, comparação constitucional; e (b) princípios e regras de interpretação constitucional: unidade, efeito integrador, máxima efetividade, justeza, harmonização, força normativa e proporcionalidade.

Na segunda unidade de ensino, denominada "Eficácia, aplicação e organização do Estado", estudaremos os seguintes temas: **(i) normas constitucionais: princípios**, em que avaliaremos: (a) eficácia jurídica, social e contida; e (b) eficácia limitada, eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada e definidores dos direitos e garantias fundamentais e gradualismo eficacial; **(ii) Estado e federação**, em que trabalharemos o Estado unitário e o federalismo: histórico, tipologias de federalismo e características; **(iii) federação na CF/88**, em que analisaremos: (a) os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; e (b) os modelos de repartição de competências; **(iv) entes federados e intervenção**, em que estudaremos: (a) os entes federados: União e Estados-membros; (b) os entes federados: municípios e territórios federais; (c) intervenção federal.

Na terceira unidade de ensino, chamada "Direitos e garantias fundamentais", estudaremos os seguintes temas: **(i) gerações de direitos**, em que avaliaremos a evolução das gerações de direitos, da 1ª a 5ª geração; **(ii) direitos e garantias fundamentais**, em que estudaremos:

(a) diferenciação, características, abrangência, aplicabilidade e eficácia; e (b) deveres fundamentais e direitos individuais, coletivos e sociais; **(iii) direitos individuais, coletivos e sociais**, em que trabalharemos os remédios constitucionais: *habeas corpus*, mandado de segurança e mandado de segurança coletivo; e **(iv) remédios**, em que analisaremos os demais remédios constitucionais: mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.

Por fim, na quarta unidade de ensino, chamada "Direitos, partidos políticos e nacionalidade", estudaremos os seguintes temas: **(i) direitos políticos**, em que conversaremos sobre: (a) direitos políticos; e (b) partidos políticos: conceito, regras constitucionais e fidelidade partidária; **(ii) nacionalidade: pressupostos e conceitos**, em que trabalharemos: (a) espécies e critérios; e (b) brasileiro nato e naturalizado; **(iii) nacionalidade: brasileiro nato ou naturalizado**, em que analisaremos: (a) naturalização ordinária e extraordinária, quase nacionalidade, perda de nacionalidade e reaquisição de nacionalidade; e (b) nato ou naturalizado: extradição: expulsão, deportação e banimento; **(iv) nacionalidade: cargos e perda da nacionalidade**, em que avaliaremos: (a) cargos privativos de brasileiros e atividade nociva ao interesse nacional; e (b) perda da nacionalidade: cancelamento e aquisição de outra nacionalidade.

Vamos iniciar esta unidade curricular que, na verdade, é introdutória para diversas outras e, no decorrer dos nossos estudos, vamos ver o porquê. Estudaremos cada uma das quatro unidades de ensino orientados por uma situação próxima da realidade profissional, direcionando o conteúdo a ser apreendido para a solução dessa situação. Além disso, em cada uma das seções, que compõem a unidade de ensino, também será proposto um problema, relacionado à situação próxima da realidade profissional, para que possamos buscar a solução dentro do que estudaremos na seção.

Em muitos momentos, o estudo dessa unidade curricular pode parecer bastante árduo, mas, ao final, você verá que utilizará o que aprender aqui em muitas outras unidades. A Teoria Geral do Direito Constitucional está umbilicalmente ligada a diversos assuntos que você discutirá ao longo do curso, em Direito Administrativo, Tributário, Penal, Processo Civil, Internacional etc. Por isso, não desista! Comece aos poucos e tente expandir seus estudos. Tente pesquisar cada vez mais e aproveite o professor para esclarecer todas as suas dúvidas.

Vamos começar com a certeza de que o sucesso só depende de nós mesmos.Vamos lá!

Constituição e hermenêutica

Convite ao estudo

Caro aluno, creio que depois de unidades de ensino mais propedêuticas, mais introdutórias, você esteja ansioso para ingressar no rol daquelas em que pode perceber mais aplicação no seu dia a dia, não é mesmo? Em Teoria Geral do Direito Constitucional, apesar de o nome sugerir que trataremos de temas eminentemente teóricos, vamos dar um enfoque bastante prático e atual para o nosso estudo. No entanto, isso não significa que você poderá abandonar a teoria. Ela será extremamente importante para construirmos e analisarmos as questões mais discutidas atualmente no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal (STF) e o faremos desde essa primeira unidade, em que trataremos da Constituição e da hermenêutica constitucional.

O nosso estudo objetiva desenvolver o seguinte Fundamento de Área: Conhecer os fundamentos teóricos da organização jurídico-constitucional da CF/88, destacando seus objetos princípios e garantias.

Para articular os conteúdos teóricos a situações objetivas, vamos a uma reflexão?

São pautas recorrentes no Congresso Nacional a reforma política e medidas que podem ser adotadas especialmente no combate à corrupção. Aliás, a reforma política pautou intensos debates nas últimas eleições presidenciais: o fim das coligações proporcionais, o voto distrital misto e o fim da reeleição. Emergiu, então, no Congresso Nacional a discussão sobre a possibilidade de adoção do parlamentarismo como sistema de governo. Agora, suponhamos, que dentro dessa temática você, enquanto consultor seja contratado para avaliar esse aspecto da reforma política, considerando diversos aspectos jurídicos, que serão, no decorrer do estudo dessa

unidade curricular pontuados, você considera possível alterar o sistema de governo presidencialista para o parlamentarista por meio de Emenda Constitucional?

A partir dessa pergunta, que inicialmente nos parece bastante simples, mas que gera implicações em todo o estudo dessa unidade, vamos analisar, a cada seção de autoestudo, um aspecto do problema. Dessa forma, na seção 1.1, após o estudo dos conceitos e das classificações da CF/88, verificaremos o que significa a supremacia e quais implicações ela enseja na possibilidade de modificação da CF/88. Na seção 1.2, vamos compreender melhor as diferenças entre forma de Estado, forma de governo, regime de governo e sistema de governo, analisando a possibilidade de alteração do que a CF/88 prevê em cada caso. Por sua vez, na seção 1.3, estudaremos especificamente o que significa a mutabilidade e a reforma constitucional. Por fim, no item 1.4, analisaremos especificamente a hermenêutica constitucional e como interpretar as normas constitucionais.

Agora, tendo em vista o caminho que percorreremos para responder à questão, você acredita que é possível promover a aludida alteração no nosso sistema de governo sem que isso implique em afronta aos nossos valores fundamentais? E a previsão do plebiscito, no ADCT, para escolha da forma e do sistema de governo em 7 de setembro de 1993? Essa questão poderia ser retomada após a escolha popular? Como analisar a eficácia dessa norma constitucional?

Agora, vamos iniciar nossos estudos de Teoria Geral do Direito Constitucional. Vamos dar o primeiro passo?

Seção 1.1

Histórico e fundamentos do constitucionalismo brasileiro

Diálogo aberto

Você sabia que após o período do regime militar iniciado em 1964, em que foram restritas as garantias individuais e sociais, somente em 1979 a legislação eleitoral foi modificada para restabelecer o pluripartidarismo, que é um dos alicerces da democracia? Com o agravamento da crise econômica e social vivida no início da década e 1980, fortaleceram-se os sindicados e entidades de classe, bem como os partidos de oposição.

A partir de 1984, emergiu o movimento das "Diretas já!", exigindo a retomada das eleições diretas até que em 1985, foi eleito presidente, pelo colégio eleitoral, o candidato da oposição Tancredo Neves e José Sarney como vice, que assumiu o cargo, tendo em vista o falecimento de Tancredo, que foi internado às pressas em 14 de abril de 1985 e acabou falecendo em 21 de abril do mesmo ano, vítima de uma infecção generalizada.

No entanto, esse movimento de redemocratização do Brasil somente foi concluído com a promulgação da CF/88, em 05 de outubro de 1988. Nela foram nela incluídos inúmeros direitos e garantias, entre os quais se destacam o sufrágio universal e o voto direto e secreto, objetivando assegurar a construção de um Estado Democrático de Direito.

Com base nesse histórico, vamos retomar a situação próxima da realidade profissional, descrita no Convite ao Estudo: como você, renomado consultor, posiciona-se em relação à possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista pelo parlamentarista por meio de Emenda Constitucional, levando em consideração ser essa questão um dos pontos da reforma política discutida no Congresso Nacional?

A partir desse questionamento, que permeará o estudo de toda a unidade de ensino, e a partir do estudo do tema "Histórico

e fundamentos do constitucionalismo brasileiro", você, enquanto consultor, com base no conceito de Constituição que melhor se ajusta a CF/88 e na classificação quanto à mutabilidade, considera ser possível a modificação do sistema de governo estabelecido na CF/88? O que significa a supremacia da CF/88 e quais são as suas implicações?

Então, vamos começar?

Não pode faltar

A Constituição é a norma fundamental e suprema que rege a organização e o funcionamento do Estado. Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 39-40), "é um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado". No entanto, a definição de Constituição aceita outras acepções. Vamos ver as mais usadas?

- Sociológico – segundo Ferdinand Lassale (ALEXANDRINO, 2013, p. 3-4): para ser real Constituição, a norma deve refletir a soma dos fatores reais de poder, que são os elementos sociais, ou seja, a vontade social. Se a norma denominada Constituição não refletir a vontade social, ela será uma mera folha de papel em branco, ou seja, uma norma sem força normativa, uma norma que não é capaz de gerar efeitos.

Figura 1.1 – Lassale

Fonte: <https://en.wikipedia.org/wiki/Ferdinand_Lassalle#/media/File:Ferdinand_Lassalle.jpg>. Acesso em: 12 jul. 2015

• Político – de acordo com Carl Schmitt (ALEXANDRINO, 2013, p. 6-7): a Constituição é uma decisão política fundamental, obra do poder constituinte, que deve refletir a decisão de governo, relativas a direitos fundamentais, princípios fundamentais e organização política do Estado. Assim, todas as normas inseridas na Constituição são consideradas formalmente constitucionais, mas só aquelas que tratarem de direitos fundamentais, princípios fundamentais e organização política do Estado são materialmente constitucionais.

Figura 1.2 – Schimitt

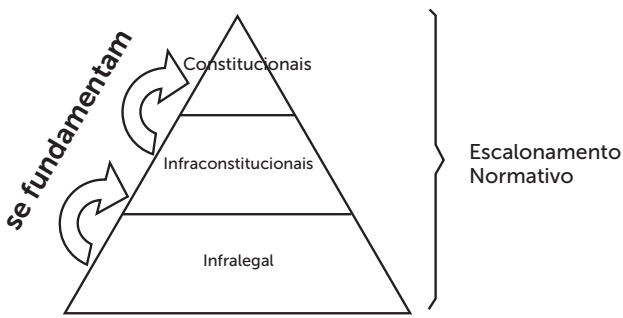
Fonte:<http://www.nationalinterest.org/feature/carl-schmitt%E2%80%99s-war-liberalism-12704>. Acesso em: 12 jul. 2015

• Jurídico – conforme Hans Kelsen (ALEXANDRINO, 2013, p. 5-6): a Constituição é a norma jurídica pura, que não se vincula a valores sociológicos, políticos ou filosóficos, dotada de eficácia jurídica *per se*. Considerada norma hipotética fundamental (norma imaginada, pressuposta, que não possui fundamento de validade próprio), tem-se o sentido lógico-jurídico de Constituição. Ao considerar que ela é fundamento de validade de todas as outras normas, em posição de supremacia, tem-se a concepção jurídico-positiva. Assim, Kelsen coloca a Constituição no topo da pirâmide normativa, por dispor sobre como todas as demais normas devem ser elaboradas. Embaixo dela estão todas as normas infraconstitucionais, que são desprovidas de supremacia. Essa ideia ganhou uma famosa ilustração: a pirâmide normativa de Kelsen, que pode ser assim representada:

Figura 1.3 – Kelsen

Fonte: Disponível em <http://www.denistouret.net/ideologues/Kelsen.html>. Acesso em: 12 jul. 2015.

Figura 1.4 – Pirâmide normativa



Fonte: <https://diariododireito.files.wordpress.com/2011/05/piramide-kelseniana1.jpg>. Acesso em: 31 jul. 2015.

Reflita

Qual desses conceitos é o que melhor define a CF/88? É possível no ordenamento jurídico brasileiro verificar sinais dos outros conceitos?

Após analisar os conceitos de Constituição, vamos pensar juntos nessa questão?

Valores sociais, filosóficos ou políticos guiaram o legislador constitucional na elaboração da CF/88. Naquele momento, o legislador tinha em mente todos os horrores da ditadura militar, quanto à supressão de direitos e garantias fundamentais e a impossibilidade de o cidadão participar da vida política do país. Assim, o legislador

carregou consigo todas as suas vivências, experiências e emoções, ou seja, todo o seu horizonte cultural, na elaboração da CF/88.

Promulgada a CF/88, no momento da aplicação das normas que ela veicula, o intérprete produzirá em sua mente o sentido dessas normas elaboradas pelo legislador. Vale notar que ele também não pode deixar de lado sua cultura, suas vivências e experiências, que sempre são levadas consigo. Assim, é exatamente por isso que pessoas diferentes, por possuírem horizontes culturais distintos, interpretam as mesmas normas de forma distinta, o que faz surgir o conflito.

Partindo da premissa de que interpretar é construir sentido, atribuindo valores à norma, nota-se que a CF/88 não possui valores intrínsecos. Assim, os valores não são extraídos da norma, mas a ela conferidos pelo intérprete. Com base nessa concepção, o conceito político, ao se referir à decisão política fundamental, e o conceito sociológico, que denota a vontade social, seriam os melhores para definir a CF/88? E a norma jurídica pura de Kelsen? O conceito jurídico, fruto do pensamento positivista, de uma teoria pura é a melhor forma para se definir a CF/88?

Veremos posteriormente que o conceito sociológico de Lassale se identifica com a concepção de efetividade das normas jurídicas, ou seja, enquanto grau de observância por seus destinatários, sendo essa a grande contribuição da concepção sociológica para o Direito Constitucional brasileiro.

Em relação ao conceito político, ele não é o melhor conceito para a CF/88, mas, ao determinar que o que são normas constitucionais (são as decisões de governo, ou seja, as relativas a direitos fundamentais, princípios fundamentais e organização política do Estado) e leis constitucionais (as demais normas, que não se referem a essas decisões políticas), ele influenciou sobremaneira a classificação formulada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em normas materialmente constitucionais (que revelam direitos fundamentais, princípios fundamentais e organização política do Estado) e normas formalmente constitucionais (as demais normas insertas na CF/88). Todavia, vale ressaltar que normas formalmente e materialmente constitucionais possuem a mesma hierarquia.

A concepção política de Constituição de Kelsen trouxe um elemento importantíssimo para compreendermos todo o sistema jurídico, que é a ideia de supremacia da Constituição. Kelsen colocou, conforme anteriormente apontado, as normas constitucionais no topo da pirâmide normativa, servindo elas de fundamento de validade para todas as demais normas. Que tal aprofundarmos um pouco mais nessa discussão e tentarmos compreender melhor, em especial, o conceito jurídico de Constituição?

Pesquise mais

Para tanto, indico como leitura complementar um autor sobre quem você ainda ouvirá muito falar ao longo do curso:

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 215-238.

Vamos conhecer as principais características de todas as Constituições brasileiras, desde a de 1824 até a de 1988? Vamos traçar uma linha do tempo desde a nossa primeira Constituição.

1824 – Foi a primeira Constituição brasileira, outorgada ainda no período imperial por Dom Pedro I, após a declaração da independência brasileira em 7 de setembro de 1822. Nela reconheceram-se quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, que legitimava a intervenção do Imperador nos demais poderes.

1891 – A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada após a Proclamação da República. Além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, elegeu a soberania popular como um de seus órgãos fundantes.

Figura 1.5 – Constituição de 1891

Fonte:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1891#/media/File:Constitui%C3%A7%C3%A3o_Brasileira_de_1891.jpg>. Acesso em: 12 jul. 2015.

1934 – A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada após a Revolução de 1930, que determinou a queda do presidente Washington Luís e a ascensão de Getúlio Vargas. Ela foi influenciada pela Constituição de Weimar e criou normas programáticas correlatas a direitos sociais.

1937 – A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, mais conhecida como Constituição do Estado Novo ou Constituição Polaca, foi outorgada em 10 de novembro de 1937 e, a exemplo da Polônia, concentrava poderes nas mãos do Presidente da República, Getúlio Vargas.

Figura 1.6 – Constituição de 1937

JORNAL DO BRASIL — QUINTA-FEIRA, 11 DE NOVEMBRO DE 1937

A SITUAÇÃO

'ALANDO PELO RADIO A' NAÇÃO BRASILEIRA, O PRESIDENTE GETULIO VARGAS DA' RAZÕES DAS MEDIDAS TOMADAS PELO GOVERNO

ssolvido o Congresso Nacional — Os governadores de Pernambuco e Bahia renunciaram — A nova Constituição Proclamação ao Exercito — O que dizem os comunicados oficiais

FALANDO A NAÇÃO

"A Constituição hoje promulgada criou uma nova estrutura legal, sem alterar o que se considera substancial nos sistemas de opinião e mantive a forma democratica, o processo representativo e a autonomia dos Estados, dentro das linhas tradicionais da federação organica" — diz o Senhor Getulio Vargas

O Sr. Presidente da República falando a Nação

Fonte: <http://sociologos2010.blogspot.pt/2010/11/historia-das-constituicoes-brasileiras.html>. Acesso em: 12 jul. 2015.

1946 – A Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946, após a queda de Getúlio Vargas e instalação de nova assembleia constituinte. Foi a primeira Constituição que teve participação em sua elaboração da bancada comunista no Congresso. Consagrou especialmente os direitos correlatos à liberdade individual.

1967 – Constituição do Brasil outorgada em 24 de janeiro de 1967, após o golpe militar de 1964, quando o presidente João Goulart, o Jango, foi deposto. Instalou-se o Estado de Exceção e a noção de Estado Democrático de Direito foi mitigada. Para institucionalizar o regime militar, determinou a prevalência do Poder Executivo sobre o Judiciário e o Legislativo. Estabeleceu, ainda, eleições indiretas para presidente, com mandato de cinco anos, e restrição ao direito de greve. Em 17 de outubro de 1969, foi editada a Emenda Constitucional 01, que conferiu aos Atos Institucionais, editados até então pelo

regime militar, o caráter de normas constitucionais. Pelo fato de essa emenda não ter apenas trazido as alterações a serem promovidas no texto constitucional, reeditando todo o texto da Constituição de 1967 com as respectivas modificações, muitos a elencam como uma nova Constituição.

1988 – A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988, fruto do movimento das "Diretas já!", que emergiu a partir do desgaste do governo militar e da crise econômica instalada no país. Ela contemplou as eleições diretas, inúmeros direitos sociais e elevou os municípios à condição de ente federado, conferindo-lhes autonomia.

Vimos que algumas de nossas Constituições foram outorgadas; outras, promulgadas. Mas o que de fato significa isso?

Figura 1.7 – Promulgação da CF/88

Fonte: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/partidos/not001.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015

Para compreender esses conceitos, é importante assimilar algumas noções sobre o poder constituinte, que será detalhadamente estudado na seção 1.3 desta unidade. Aqui, apenas enquanto introdução a esse estudo, tome **poder constituinte** como a capacidade que detém o povo, titular desse poder, para produzir as normas constitucionais. Ele se classifica em poder constituinte originário e derivado. O poder constituinte originário, que é aquele que cria a própria constituição, não possui limites pré-estabelecidos, e que, por sua vez, se divide em histórico ou fundacional, relativo à primeira Constituição de um Estado, e em revolucionário ou pós-fundacional, que é o poder de

criar as Constituições subsequentes. Por sua vez, o poder constituinte derivado, por meio do qual é feita a revisão do texto constitucional e modificações posteriores, observados os limites estabelecidos pela própria Constituição, em relação ao que ela estabelece ser imutável, divide-se em reformador, que visa a reforma do texto constitucional por meio de emendas, decorrente, que objetiva a organização dos estados (Constituição Estadual) e do Distrito Federal (Lei Orgânica do Distrito Federal), e revisor, que modifica a Constituição uma única vez, após cinco anos de sua promulgação.

Assimile

A partir dessas noções, vamos à classificação das constituições quanto à origem:

- **Promulgada:** criada com a participação popular.
- **Outorgada:** imposta sem a participação popular.
- **Cesarista:** são inicialmente outorgadas, mas posteriormente referendadas pelo povo, como ocorreu, por exemplo, nos plebiscitos napoleônicos.
- **Pactuada:** Paulo Bonavides menciona essa espécie, referindo-se às Constituições elaboradas por meio de um pacto celebrado por rivais, como ocorreu com a Carta Magna de 1215.

Vale ressaltar que alguns autores também se referem às Constituições promulgadas, como **legítimas**, ou seja, elaboradas pelo poder constituinte originário, mediante provocação popular, e às Constituições outorgadas, como **ilegítimas**, ou seja, elaboradas também pelo poder constituinte originário, mas mediante provocação do ditador.

Reflita

A partir da classificação das Constituições quanto à origem e de acordo com as noções relativas ao poder constituinte e a sua classificação, como podemos percorrer esse histórico das Constituições brasileiras, caracterizando-as?

Nesse ponto, é importante notar que o poder constituinte originário histórico ou fundacional se refere apenas à primeira Constituição editada pelo país. Todas as demais serão consideradas revolucionárias ou pós-fundacionais. Além disso, não tivemos Constituições cesaristas, inicialmente outorgada e, posteriormente, referendada pelo povo, nem pactuadas, que são aquelas criadas por meio de pacto entre rivais.

Agora ficou bastante simples compreender essa questão. Que tal pesquisarmos um pouquinho mais sobre o tema?

Pesquise mais

Para melhor compreender o contexto histórico em que cada uma das Constituições brasileiras foi criada, indico a seguinte leitura complementar:

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 71-92.

Agora vamos ao próximo ponto da nossa conversa de hoje: a classificação e os elementos da Constituição.

Para iniciarmos esse ponto, temos que entender que classificar é um ato humano que consiste em dividir os objetos em determinadas classes ou conjuntos, de acordo com as semelhanças ou com as diferenças existentes entre eles. Sendo assim, não existem classificações certas ou erradas, mas mais ou menos úteis para o estudo que se propõe.

Partindo dessa premissa, é muito importante elegermos os critérios utilizados para efetuarmos a divisão das Constituições em classes. Veja:

Figura 1.8 | Classificação das Constituições

Fonte: Elaborado pela autora.

Vamos à definição de cada critério e de cada classe por ele gerada?

• **Quanto à extensão:**

• Sintética ou concisa: de conteúdo conciso, limita-se a prever os elementos essenciais da organização e do funcionamento do Estado.

• Analítica ou prolixa: de conteúdo extenso, aborda outras matérias que ultrapassam aquelas consideradas essenciais.

• **Quanto ao modo de elaboração:**

• Histórica: resulta do passar do tempo, sendo criada ao longo dos anos.

• Dogmática: elaborada por um órgão constituinte, referindo-se às ideologias do momento de sua elaboração.

• **Quanto à forma:**

• Escrita: Constituição elaborada em determinado momento da história por órgão competente para tanto e codificada e sistematizada em um único texto.

• Não escrita: é a Constituição não formalizada, composta pelos costumes, pela jurisprudência, convenções e textos constitucionais esparsos e tem como principal exemplo a Constituição Inglesa.

• **Quanto à alterabilidade ou mutabilidade:**

• Imutável: não admite qualquer alteração em seu texto.

• Rígida: a Constituição pode ser alterada, mas, para tanto, é necessário observar um procedimento mais rigoroso do que aquele utilizado para a edição das leis.

• Flexível: admite alterações em seu texto pelo mesmo processo utilizado para a criação das leis.

• Semirrígida ou semiflexível: ela é composta por uma parte rígida e outra flexível.

Além dessas classes, Alexandre de Moraes (2014, p. 10) elenca a classe superrígida em que reúne aquelas Constituições que apresentam um núcleo rígido, modificável por procedimento mais complexo do que aquele usado para criação das leis, e um núcleo imutável, a que se refere como normas intangíveis, ou seja, daquelas normas que não são passíveis de alteração porque asseguram direitos considerados fundamentais para aquele Estado.

• **Quanto ao conteúdo:**

• Formal: é a forma de existir do Estado, reduzida à forma escrita em

um documento solene que somente pode ser alterado de acordo com o processo nela mesmo descrito.

• Material: segundo José Afonso da Silva (2015, p. 42-43), em sentido amplo, identifica-se com a organização total do Estado em relação ao regime político. Em sentido estrito, designa as normas constitucionais, escritas ou costumeiras, que podem estar ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Nesse caso, a Constituição somente se refere à matéria estritamente constitucional e as demais, mesmo que estejam dentro de uma Constituição escrita, não seriam consideradas constitucionais.

Reflita

A classificação quanto ao conteúdo associa-se ao conceito de Constituição proposto por Carl Schmitt, que define serem normas constitucionais aquelas que se referem a direitos fundamentais, princípios fundamentais e organização política do Estado, sendo todas as demais apenas leis constitucionais?

• **Quanto à origem:**

• Promulgada: a Constituição foi elaborada com a participação popular.

• Outorgada: a Constituição foi elaborada sem a participação popular.

• Cesarista: inicialmente a Constituição foi outorgada e, posteriormente, referendada pelo povo.

• Pactuada: criada a partir de um pacto entre rivais.

Reflita

Avaliando critério por critério, como classificar a CF/88?

Já analisamos anteriormente alguns dos critérios apresentados (quanto ao conteúdo, quando mencionado que o conceito político de Carl Schmitt fundamenta a classificação adotada pelo Superior Tribunal

Federal (STF) das normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, e quanto à origem, ao estudarmos o histórico das constituições brasileiras). Mas e em relação aos demais critérios?

Quanto à alterabilidade, a CF/88 pode ser modificada? Ela demanda processo legislativo específico e mais complexo para tanto?

E quanto à forma? Temos um texto formalizado ou normas esparsas em diversos documentos?

Quanto à extensão, contemplamos temas que vão além daqueles considerados essenciais para a organização do Estado ou vamos além?

E em relação ao modo de elaboração? Ela reflete os anseios da sociedade em dado momento ou foi construída ao longo dos anos e do processo de desenvolvimento da sociedade brasileira?

Agora, passemos à análise dos elementos da Constituição:

A teoria dos elementos da Constituição foi desenvolvida por José Afonso da Silva (2015, p. 46-47) que classificou as normas constitucionais em cinco categorias:

- **Elementos orgânicos**: relativos à organização, ao funcionamento e à estrutura do poder e do Estado.

- **Elementos limitativos**: referem-se aos direitos e garantias fundamentais, que visam à limitação do poder do Estado, mas que não se relacionam aos direitos sociais.

- **Elementos socioideológicos**: correlatos ao Estado de bem-estar social, que revelam caráter intervencionista e social das Constituições modernas.

- **Elementos de estabilização constitucional**: destinados a assegurar a solução de conflitos constitucionais, defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas. Eles objetivam alcançar a paz social.

- **Elementos formais de aplicabilidade**: estatuem normas de aplicação da Constituição.

Assimile

A partir da classificação das normas constitucionais em elementos, vamos utilizar alguns exemplos para que você compreenda com mais facilidades esses conceitos:

- Elementos orgânicos: Títulos III (Organização do Estado) e IV (Organização dos poderes e do sistema de governo) da CF/88.

- Elementos limitativos: Limitações constitucionais ao poder de tributar, identificados pelos princípios e pelas imunidades aplicadas à tributação.

- Elementos socioideológicos: Título VIII (Ordem social).

- Elementos de estabilização constitucional: Cláusulas pétreas, estabelecidas no art. 60, §4º, da CF/88.

- Elementos formais de aplicação: ADCT.

Faça você mesmo

Com base nos exemplos citados e na classificação das normas constitucionais em elementos, sugiro que você busque outros exemplos na CF/88 de cada caso.

Nessa seção, você aprendeu os conceitos de Constituição, passamos por um histórico das Constituições brasileiras, desde a de 1824 até a CF/88, e falamos sobre os critérios, as classificações e elementos das Constituições. Essa é a parte mais teórica e extensa da unidade curricular. Em todas as outras unidades de ensino e seções, o aprendizado se dará de forma mais direta e com mais indicações de outros textos para pesquisa e apenas com breves considerações sobre o objeto de estudo.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a resposta para a situação-problema apresentada nesta seção?

Para tanto, devemos retomar o problema proposto no início dessa unidade. Você, enquanto consultor, deverá opinar sobre a

possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista por meio de Emenda Constitucional.

Nesta seção, você, indagado sobre a possibilidade de modificação do sistema de governo estabelecido na CF/88, deverá responder a essa questão, com base no conceito de Constituição que melhor se ajusta à CF/88 e na classificação quanto à mutabilidade. Além disso, deverá considerar em seu parecer o que significa a supremacia da CF/88 e quais são as suas implicações.

Atenção

Aqui é muito importante relembrar o conceito jurídico, que revela ser a Constituição fundamento de validade para todas as demais normas infraconstitucionais, além de ser considerada norma hipotética fundamental.

Além disso, a classificação quanto à mutabilidade estabelece as seguintes espécies de Constituição: imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas, o que nos remete à ideia de supremacia da Constituição.

Lembre-se também das normas materialmente e formalmente constitucionais.

Poderíamos pensar que a rigidez constitucional impede a alteração da forma de governo a que nos submetemos? É a rigidez que impõe a supremacia às normas constitucionais?

Além desses questionamentos, devemos, ainda, pensar em alguns pontos para concluir a nossa análise, mais precisamente sobre o sistema de governo adotado pela CF/88.

Vale notar que o presidencialismo somente é mencionado diretamente no art. 2º, do ADCT, quando prevê o plebiscito para escolha pelo povo da forma (monarquia ou república) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). No entanto, no decorrer do texto, o legislador constituinte se refere inúmeras vezes às atribuições, aos limites e requisitos para o Presidente e seu vice.

Lembre-se

A supremacia formal não se aplica às Constituições flexíveis, porque nelas as normas podem ser alteradas por meio do mesmo processo legislativo utilizado para criar leis ordinárias. Então, de onde as normas infraconstitucionais, em relação às Constituições flexíveis, retiram seu fundamento de validade se elas possuem o mesmo status das normas constitucionais? Já em relação às Constituições imutáveis, rígidas e semirrígidas, a Constituição possui supremacia formal, tendo em vista que ela é fundamento de validade das normas infraconstitucionais, e também material.

E aí? Como você avalia a questão relativa ao presidencialismo? Ele, como sistema de governo adotado no Brasil, pode ser alterado para a adoção do parlamentarismo?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
Possibilidade de alteração da democracia, como regime de governo previsto na CF/88, por Emenda Constitucional	
1. Competência de Fundamentos de Área	Compreender a mutabilidade constitucional com base na classificação, no conceito que melhor se ajusta à CF/88, na sua classificação e supremacia de suas normas.
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender os reflexos da classificação e dos conceitos da CF/88 no estudo sobre a alterabilidade dos institutos nela contidos.
3. Conteúdos relacionados	• Conceito de Constituição • Classificação da CF/88 • Supremacia da CF/88
4. Descrição da SP	Diante das inúmeras discussões que rondam a reforma política no Congresso Nacional, surgem manifestações em todos os sentidos, o que foi evidenciado pelas manifestações ocorridas no início do ano de 2015 em que algumas pessoas expressavam a sua simpatia pelo retorno do regime militar, que, durante mais de duas décadas (1964-1985), suprimiu direitos políticos e sindicais, atentou contra a liberdade de expressão e perseguiu diversos cidadãos. Após a promulgação da CF/88 e pensando no que estudamos nessa unidade, poderíamos conceber a possibilidade de alteração do regime democrático por Emenda Constitucional? Ou isso somente seria possível por meio da edição de uma nova Constituição?

5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos retornar ao conceito de Constituição. Qual é o que melhor define a CF/88? Quanto à mutabilidade, em que classe a CF/88 melhor se enquadra? E a democracia faz parte de um núcleo rígido imutável ou ela pode ser alterada a qualquer momento por Emenda Constitucional?

Lembre-se

Para solucionar a questão, será necessário que você se lembre de que as Constituições se classificam, quanto à alterabilidade ou mutabilidade, em rígidas, semirrígidas ou semiflexíveis, e flexíveis. Além disso, a partir dessa classificação, extraíamos a definição de supremacia e como se apresenta em cada caso. Por fim, faz-se necessário compreender qual o conceito de Constituição melhor se ajusta à CF/88: o sociológico, o político ou o jurídico?

Faça você mesmo

A partir do que estudamos nesta Seção, você está habilitado a responder outras questões que levem em consideração o conceito, a classificação e a noção de supremacia. Convido-o a refletir agora sobre a possibilidade de retirada do art. 6º, da CF/88, do direito social à moradia. Que tal também pensar na possibilidade de ampliação do leque de direitos sociais nele previstos? Vamos retomar essa questão posteriormente, mas é importante que, com base no que estudamos, você se posicione a respeito.

Faça valer a pena

1. (ENADE/2012) A noção de Constituições rígidas é decorrência dos movimentos constitucionalistas modernos, surgidos principalmente a partir de meados do século XVII. Conquanto estivesse entre os objetivos desses movimentos idealizar nova forma de ordenação, fundamentação e limitação do poder político por meio de documento escrito, tornou-se necessária a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Considerando-se o disposto na Constituição Federal de 1988, seria constitucional lei que:

I. permitisse a contratação de promotor de justiça, sem concurso público, mediante livre escolha do procurador-geral de justiça.

II. obrigasse membros de associações a permanecerem associados por

vinte anos.
III. proibisse o anonimato em reclamações encaminhadas a qualquer ente da Administração Pública Direta e Indireta.
É correto o que se afirma em:

(a) I, apenas.
(b) III, apenas.
(c) I e II, apenas.
(d) II e III, apenas.
(e) I, II e III.

2. (ENADE/2006) Nas democracias contemporâneas, a soberania interna da ordem jurídica está intimamente associada:

(a) à norma fundamental do pensamento de Kelsen, tendo em vista que toda democracia pressupõe universalidade de direitos.
(b) às normas do direito internacional, donde derivam as formas pelas quais os regimes democráticos extraem a fundamentação de sua existência.
(c) às normas derivadas da ética do homem médio, fundamento de todo valor e de todo direito.
(d) às normas constitucionais, como base de regramento formal e material de todas as normas do sistema jurídico.
(e) às normas da burocracia de Estado, tendo em vista que o modelo de dominação legal-burocrático do Estado moderno pressupõe atribuição de toda estabilidade do poder à burocracia.

3. Após a derrubada do governo democrático de Allende no Chile, Augusto Pinochet assumiu a presidência da Junta de Governo, enquanto comandante mais antigo das Forças Armadas. Essa Junta de Governo assumiu as funções constituinte e legislativa, que era do Congresso, e elaborou a nova Constituição, que, posteriormente, foi submetida a plebiscito. No entanto, os registros eleitorais não foram abertos e, por isso, arguidas diversas irregularidades. A oposição somente se manifestou em uma oportunidade, no *Teatro Caupolicán* em um ato político liderado por Eduardo Frei Montalva. Em 11 de setembro de 1980, aquela Constituição foi, então, respaldada por 68,95% dos votos. Quanto à origem, em que classe a Constituição de Pinochet se enquadra?

(a) Promulgada, ante a participação popular, por meio de plebiscito.
(b) Dogmática, tendo sido elaborada em dado momento histórico, por um órgão com poderes específicos para tanto, refletindo à ideologia desse momento.

(c) Outorgada pela Junta de Governo, da qual Augusto Pinochet era o presidente.
(d) Cesarista, tendo sido elaborada pela Junta de Governo e, posteriormente, convocada a manifestação popular a respeito.
(e) Semirrígida, em que parte dela pode ser alterada por procedimento análogo à criação das leis e parte somente é alterável por processo legislativo mais complexo do que o das leis.

Seção 1.2

Fundamentos filosóficos e políticos da Constituição Federal de 1988 (CF/88)

Diálogo aberto

Vamos, nesta seção, retomar a discussão acerca da possibilidade de alteração da CF/88 por meio de Emenda Constitucional para adotarmos o parlamentarismo como sistema de governo, situação geradora de aprendizado desta seção.

Relembrando o problema, destacamos na seção anterior, que a CF/88 foi o marco da redemocratização do país, após mais de 20 anos de regime militar. A partir dela, foram retomadas as eleições diretas, dada liberdade de atuação para os sindicatos e consagrada a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, a partir de então, devem atuar harmonicamente.

Na seção 1.1, analisamos os conceitos de Constituição e buscamos apontar aquele que melhor define a CF/88. Além disso, falamos sobre a classificação das Constituições, para verificarmos em que classes, observados os critérios classificatórios, a CF/88 se enquadra e, por fim, tecemos um histórico das Constituições brasileiras e suas principais características. Com base especialmente nos conceitos de Constituição e nas classificações analisadas, enfrentamos a questão da possibilidade de alteração do sistema de governo que adotamos, qual seja, o presidencialismo para o parlamentarismo.

Agora, na seção 1.2, analisaremos os princípios fundamentais na CF/88, a separação de poderes e os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil. Buscaremos aqui argumentos para responder à seguinte situação-problema: para fins de análise da possibilidade de reforma da Constituição, a democracia seria uma regra ou um princípio? A previsão do Estado Democrático no preâmbulo da CF/88 tem conteúdo prescritivo ou se trata de mera declaração de intenções?

Para tanto, deveremos: (i) compreender a diferença entre as definições de forma de Estado, forma de governo, regime de governo

e sistema de governo; (ii) entender a abrangência do princípio da separação de poderes e a busca pela harmonia entre eles; e (iii) analisar quais são os princípios, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e como se diferenciam. A partir disso, poderemos analisar a situação-problema proposta para essa seção 1.2.

E, então? Vamos começar?

Não pode faltar

Para resolvermos a situação-problema posta nesta seção, vamos inicialmente estudar um pouquinho da teoria, sempre importante para fundamentar a solução que a ela daremos. Vamos lá!

Para começar, vamos apontar a distinção entre normas e princípios, conforme apontado por José Afonso da Silva (2015, p. 93-94). Princípio é mandamento nuclear de um sistema. Ele orienta, direciona a aplicação das regras, que são mais diretivas, mais objetivas. Mendes e Branco (2015, p. 72) afirmam que os princípios são "mais abrangentes do que as regras e por assinalarem os *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo".

Aurora Tomazini de Carvalho (2013, p. 284) afirma que a norma jurídica pode ser analisada em sentido amplo e em sentido estrito, sendo que no primeiro caso, trata-se de unidade no sistema jurídico, que não possui sentido deôntico completo, enquanto que a norma em sentido estrito o possui. E o que seria esse sentido deôntico? Nada mais é do que significações construídas a partir dos enunciados prescritivos, ou seja, da letra da lei, estruturadas na forma de um juízo hipotético-condicional. Assim, dizemos que a norma jurídica em sentido estrito poderia ser escrita na seguinte forma lógica: "se ocorrido o fato, então deve ser a consequência", ou seja, devem ser os efeitos prescritos no enunciado. Nesse caso, os enunciados prescritivos preveem a emergência de determinada consequência em caso de ocorrer aquele fato que ela descreve.

A partir desse raciocínio, tanto as regras quanto os princípios são espécies de normas que são construídas pelo intérprete no momento da aplicação do direito. Tratam-se, portanto, de normas. Alguns podem ser escritos na forma hipotético-condicional, constituindo norma

jurídica em sentido estrito. Outras, como a previsão constitucional de que Brasília é a capital federal, não, constituindo norma jurídica em sentido amplo.

Partindo desses conhecimentos propedêuticos e verificado que existem autores que afirmam a existência de regras e princípios e outros, que todos eles constituem normas jurídicas, a partir da interpretação, vamos analisar os chamados princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, trazidos do art. 1º ao art. 4º, da CF/88, analisando como eles são aplicados e como influenciam especialmente na interpretação das demais normas constitucionais. Vamos, então, a esses artigos.

O art. 1º, da CF/88, determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e constitui-se em Estado Democrático de Direito. A partir desse enunciado, podemos aferir a necessidade de compreendermos os conceitos de república, federação e Estado Democrático de Direito. Passemos a cada um deles:

• **República**: significa coisa ("res") do povo (pública) e é a forma de governo eleita pelo legislador constitucional, com a finalidade de organizar politicamente o Estado. Possui as seguintes características:

1. Representatividade: é o povo quem escolhe seus representantes;

2. Eletividade: a escolha desses representantes se dá por meio do voto em eleições;

3. Periodicidade: o representante eleito exercerá seu mandato por tempo determinado;

4. Responsabilidade: refere-se ao dever de probidade administrativa;

5. Soberania popular: o poder emana do povo e deve ser por ele exercido.

• **Federação**: é a forma de Estado eleita pelo legislador constituinte, em que os Estados e o Distrito Federal são autônomos, mas se reúnem em forma de uma única pessoa de direito público a que se subordinam, objetivando a organização estrutural da sociedade. É formada a partir da Constituição, que confere autonomia aos entes federados e é indissolúvel. Caracteriza-se por:

1. Autonomia financeira, administrativa e política;

2. Repartição de competências para legislar e arrecadar impostos;

3. Rigidez constitucional, sendo necessário quórum qualificado para ser alterada;

4. Ser o Supremo Tribunal Federal (STF) o órgão máximo do Poder Judiciário, incumbido de resguardar a aplicação das normas insertas na CF/88;

5. Intervenção federal como mecanismo de proteção dessa forma de Estado;

6. Unidade de nacionalidade: a CF/88 deve ser observada por todos os cidadãos.

• **Estado Democrático de Direito**: regime de governo eleito pelo legislador constituinte de 1988. Trata-se da evolução do Estado de Direito, que emergiu com o Liberalismo, e do Estado Social, possuindo características de ambos, mas constituindo um regime de governo novo. Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 122).

> **A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.**

Assimile

Vamos relembrar a evolução dos regimes de governo ao longo da história?

Vamos relembrar a evolução dos regimes de governo ao longo da história?

• **Estado de Direito ou Estado Liberal:** caracterizou-se por: (i) submissão ao império da lei; (ii) divisão de poderes; e (iii) enunciado e garantias individuais;

• **Estado social:** o individualismo e abstencionismo do Estado Liberal provocaram inúmeras distorções, sendo necessário, então, a adoção

de medidas tendentes a corrigir a injustiça social e objetivando o bem-estar social;

• **Estado democrático de Direito:** congrega características de ambos os anteriores, mas constitui um conceito de regime de governo novo, em que se consagram instrumentos para a realização da cidadania e a concretização das exigências de um Estado Social.

Esse estudo pode ser aprofundado por você a partir de leituras complementares. Vamos a uma indicação?

Pesquise mais

O texto a seguir traz considerações sobre os principais tópicos desta seção relacionando-os:

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-124.

A partir do estudo desses princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, postos na CF/88, vamos pensar um pouquinho juntos:

Reflita

Considerando o disposto no art. 1º, da CF/88, pode-se afirmar que a forma de governo (República), a forma de Estado (Federação) e o regime de governo (Estado Democrático de Direito), eleitos pelo legislador constitucional, constituem um núcleo rígido ou podem ser alterados por Emenda Constitucional?

Para responder a essa questão, temos que considerar a classificação da CF/88 quanto à mutabilidade ou alterabilidade, conforme estudado na seção 1.1: trata-se de uma Constituição rígida, semirrígida, flexível ou superrígida? Nesse sentido, caso considere a impossibilidade de alteração desses princípios fundamentais por Emenda Constitucional, eles constituiriam as chamadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, da CF/88?

E aí? Como você se posiciona a respeito?

Após refletir um pouquinho, vamos ao próximo ponto dessa seção: o princípio da separação dos poderes, inserto em nossas Constituições desde a do Império.

O art. 2º, da CF/88, determina que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Esses poderes devem ser exercidos por órgão distintos para que reste caracterizada a separação dos poderes. Se as funções forem exercidas pelo mesmo órgão, ter-se-á concentração de poderes. Por isso, a divisão de poderes se fundamenta em dois elementos: (i) especialização funcional (Legislativo: Congresso e Assembleias Legislativas; Executivo: órgãos da Administração Pública que exercem a função Executiva; e Judiciário: órgãos que exercem a função jurisdicional); e (ii) independência orgânica: não há subordinação entre os poderes.

No sistema de governo presidencialista, o princípio da separação dos poderes possui duas características essenciais: (i) independência orgânica; e (ii) harmonia entre os poderes. Nesse sentido, cada um dos poderes deverá exercer sua função precípua, mas para preservação da harmonia e do equilíbrio entre eles, poderá haver intervenções de um no outro em um sistema chamado de freios e contrapesos, conforme definido por Montesquieu (FERREIRA FILHO, 2015, p. 163-164).

Exemplificando

Ao Legislativo compete a edição de normas, em que o Executivo participa pela iniciativa das leis, pela sanção e pelo poder de veto. Essa iniciativa do Executivo é contrabalanceada pela possibilidade de o Congresso modificar o projeto por meio de emendas e rejeitá-lo. Além disso, o poder de veto é verificado em relação aos projetos de lei de iniciativa do Legislativo e em relação às emendas feitas pelo Congresso nos projetos propostos pelo Executivo. O Congresso, por sua vez, poderá rejeitar o veto presidencial por maioria absoluta de seus membros e o Senado Federal poderá promulgar a lei, caso o Presidente não a sancione no prazo previsto na CF/88.

Faça você mesmo

Esse exemplo demonstra como os poderes atuam de forma harmônica. A partir disso, você deverá pensar como funciona esse sistema de pesos e contrapesos, aplicado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no que concerne à atuação do Supremo Tribunal Federal. Reflita sobre como a indicação dos ministros é feita e que antes da nomeação eles passam por sabatina.

As atribuições e forma de atuação de cada um dos Poderes da União serão posteriormente estudadas em outra unidade curricular, mas, por enquanto, vale a pena aprofundar essas noções introdutórias que foram apresentadas.

Pesquise mais

A separação dos poderes é tema de grande relevância e que tem um extenso histórico, passando por Aristóteles, Locke e Montesquieu. Para compreender melhor essa origem e como isso está previsto na CF/88, vamos ler mais um pouquinho?

FERREIRA FILHO, Monoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161-167.

Agora, vamos ao último ponto a ser estudado nesta seção: fundamentos, princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, postos na CF/88.

O art. 1º, da CF/88, elenca os seguintes fundamentos:

- Soberania: relaciona-se ao poder político supremo, no plano interno, e independente, no plano internacional.

- Cidadania: refere-se à integração dos indivíduos à sociedade e à submissão do Estado à vontade popular.

- Dignidade da pessoa humana: valor supremo do Estado Democrático de Direito, orientando a interpretação e aplicação de todas as normas e princípios.

- Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: revela a preferência da CF/88 pela economia de mercado, mas respeitando o trabalho, que

deve assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

• Pluralismo político: valorização da tolerância e da pluralidade de ideias numa sociedade naturalmente conflituosa, com interesses contrapostos, devendo haver diálogo entre opiniões divergentes. Além da participação popular na condução política do país, preceitua também a organização de partidos políticos.

O art. 3º elenca os seguintes objetivos fundamentais, que são normas programáticas, ao contrário dos fundamentos, que tem aplicabilidade imediata:

• Constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

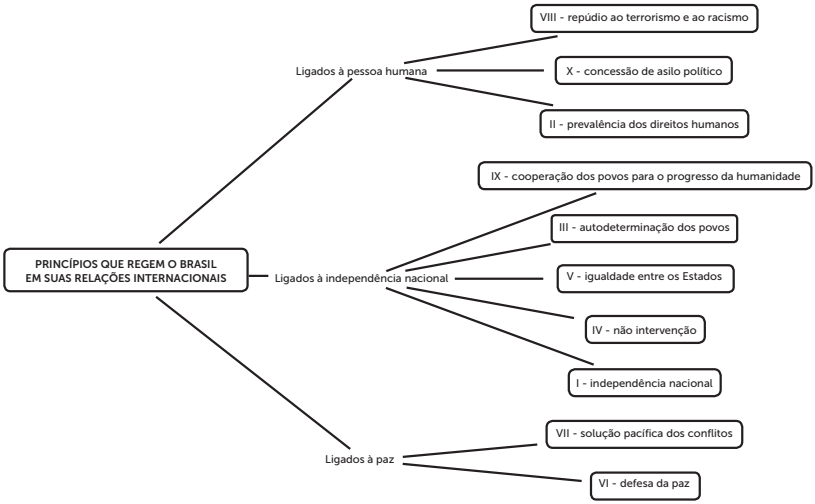
• Garantir o desenvolvimento nacional;

• Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

• Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, o art. 4º, relaciona os princípios que regem as relações internacionais, que são: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político. Esses princípios podem ser divididos em três grupos da seguinte forma:

Figura 1.9 | Princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais



Fonte: Elaborado pela autora. (2015)

Além disso, o citado artigo determina que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, como ocorre, por exemplo, com o MERCOSUL.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a resposta para a situação-problema apresentada nesta seção?

Para tanto, devemos retomar a situação geradora de aprendizado proposta no início dessa unidade de ensino: você, enquanto consultor, deverá opinar sobre a possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista por meio de Emenda Constitucional.

Nesta seção, estudamos os princípios fundamentais na CF/88, a separação de poderes e os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil e agora vamos responder à seguinte questão: para fins de análise da possibilidade de reforma da Constituição, a democracia seria uma regra ou um princípio? A previsão do Estado

Democrático no preâmbulo da CF/88 tem conteúdo prescritivo ou se trata de mera declaração de intenções?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar a distinção entre princípios e regras, que foi apontada no início desta seção, para enquadrar a democracia em um ou em outro conforme a abrangência e a função dessas espécies de norma.

Além disso, é importante pensar no Estado Democrático de Direito como regime de governo eleito pelo legislador constitucional de 1988. Ele está expressamente previsto no preâmbulo da CF/88.

A partir de tudo que estudamos nessa seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera, para fins de reforma da CF/88, ser a democracia regra ou princípio? Para tanto, avalie a abrangência e finalidade da norma que a prevê a adoção do regime de governo democrático para definir se aqui estamos tratando de uma regra ou de um princípio.

E quanto à previsão do Estado Democrático contida no preâmbulo da CF/88? Trata-se de norma com conteúdo prescritivo completo, ou seja, o enunciado indica as consequências para o caso de ocorrer o fato que ele prevê ou ele apenas faz uma afirmação, sem apontar efeitos específicos? Para responder a esse ponto, vamos considerar apenas o fato de haver a previsão constitucional e se essa previsão é ou não um *dever-ser*, se ela possui ou não prescritividade, ou seja, aptidão para modificar condutas.

Lembre-se

Lembre-se de que o Estado Democrático de Direito congrega características do Estado Liberal e do Estado Social, mas constitui um conceito de regime de governo novo, em que se consagram instrumentos para a realização da cidadania e a concretização das exigências de um Estado Social. Pensando nisso, seria esse regime de governo norma de observância obrigatória e parte de um núcleo imutável da CF/88? Ou ele pode ser alterado a qualquer momento?

E aí? Como você avalia a questão relativa ao Estado Democrático de Direito? A democracia é um princípio ou uma regra? E diante disso, ela é de observância obrigatória? E pode ser alterada por Emenda Constitucional?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
Análise da extensão da autonomia dos entes federados	
1. Competência de fundamentos de área	Compreender a autonomia dos entes federados associada aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e princípios que regem as suas relações internacionais.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente a aplicabilidade do fundamento da soberania aos entes federados.
3. Conteúdos relacionados	• Conceito e características da federação • Conceito de soberania na CF/88 • Conceito de autonomia na CF/88
4. Descrição da SP	A CF/88 estabeleceu que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, constituindo, assim, um Estado Democrático de Direito. A partir disso, foi definido como um de seus fundamentos a soberania. Ademais, os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil são a república, a federação e o Estado Democrático de Direito. Vale notar que uma das características mais marcantes da federação é a autonomia. Podemos aferir que os entes federados são soberanos?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos retornar ao conceito federação. Quais são as características que melhor definem a federação brasileira? A união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que compõem a federação, possui soberania? E os entes federados? Eles são dotados de soberania? Soberania e autonomia são sinônimas?

Lembre-se

Para solucionar a questão, você deverá se lembrar das características da federação, especialmente da autonomia, que se refere ao exercício das competências de organização, governo, legislação e administração, nos limites estabelecidos na CF/88. Deverá também analisar os fundamentos da República Federativa do Brasil e verificar se eles se aplicam também aos entes federados. Lembre-se de que a soberania se relaciona ao poder político supremo, no plano interno, e independente, no plano internacional. A partir disso, podemos

afirmar que autonomia e soberania são sinônimas? E a soberania é característica que pode ser atribuída aos entes federados?

Faça você mesmo

A partir do que estudamos nesta seção, você está habilitado a responder diversas questões que levam em consideração os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil: república, federação e Estado Democrático de Direito, o princípio da separação de poderes e os fundamentos, objetivos e princípios que regem as relações internacionais. Vamos então pensar no caso dos territórios. Eles devem ser considerados entes federados dotados de autonomia? E podemos dizer que eles são soberanos?

Faça valer a pena

1. (ENADE/2009) Montesquieu, na sua clássica obra O Espírito das Leis, elaborou a ideia da Separação de Poderes, com base na experiência política inglesa. Esse princípio, presente na Constituição brasileira sob a forma de cláusula pétrea, consiste:
I. na absoluta e necessária independência dos poderes, de modo que apenas o Poder Judiciário possa fiscalizar os demais.
II. no esquema de independência equilibrada entre os poderes, que constitui o sistema de freios e contrapesos.
III. no regime presidencialista, já que no parlamentarismo o chefe do executivo é determinado pelo poder legislativo e, portanto, não há separação entre os poderes.
IV. na atribuição das diversas competências do Estado a cada um dos poderes.
Estão CORRETAS somente as afirmativas:

(a) I e III.
(b) I e IV.
(c) II e IV.
(d) II e III.
(e) I, II e III.

2. (ENADE/2006) Com referência aos princípios que regem as relações do Estado brasileiro com os outros Estados, considere as afirmações:

I - O princípio da defesa da paz e o princípio da solução pacífica de controvérsias internacionais estão relacionados ao reconhecimento do direito à paz (direito de terceira geração) na medida em que buscam garantir a paz de toda a coletividade.
II - O princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade deriva necessariamente do direito à autodeterminação dos povos (direito de terceira geração), ou seja, ao direito que os povos têm de se desenvolver sem a interferência de outros.
III - O princípio da não intervenção internacional deixou de ser observado pelo Brasil, recentemente, ao enviar soldados e oficiais para integrar as forças de paz da ONU no Haiti.
IV - O princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade está, em certa medida, relacionado ao direito ao desenvolvimento, reconhecido pela ONU e pela UNESCO.

São corretas SOMENTE as afirmações:

(a) I e II.
(b) I e III.
(c) I e IV.
(d) II e III.
(f) II e IV.

3. A República Federativa do Brasil caracteriza-se por constituir uma federação, em que o poder político é repartido no território, o que gera uma multiplicidade de organizações governamentais que são regionalmente distribuídas. Pode-se dizer que o federalismo é:

(a) forma de governo.
(b) sistema de governo.
(c) forma de Estado.
(d) regime de governo.
(e) Estado teísta.

Seção 1.3

Mutação e reforma constitucional

Diálogo aberto

Vamos a mais uma seção do nosso estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional. Estamos estudando Constituição e hermenêutica e nesta seção vamos novamente retomar a discussão acerca da possibilidade de alteração da CF/88 por meio de Emenda Constitucional para adotarmos o parlamentarismo como sistema de governo.

Relembrando o problema, destacamos, que a CF/88 foi o marco da redemocratização do país, após mais de 20 anos de regime militar. A partir dela, foram retomadas as eleições diretas, dada liberdade de atuação para os sindicatos e consagrada a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, a partir de então, devem atuar harmonicamente.

Na seção 1.1, analisamos os conceitos de Constituição e buscamos apontar aquele que melhor define a CF/88. Além disso, falamos sobre a classificação das Constituições, para verificarmos em que classes, observados os critérios classificatórios, a CF/88 se enquadra e, por fim, tecemos um histórico das Constituições brasileiras e suas principais características.

Na seção 1.2, analisamos os princípios fundamentais na CF/88, a separação de poderes e os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil e respondemos à questão atinente à possibilidade de reforma da Constituição, se a democracia seria uma regra ou um princípio e se a previsão do Estado Democrático no preâmbulo da CF/88 tem conteúdo prescritivo ou se trata de mera declaração de intenções.

Agora, na seção 1.3, estudaremos propriamente a mutação, reforma, as regras e princípios e derrotabilidade, além da estrutura da CF/88: o preâmbulo e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A partir desse estudo, responderemos a seguinte questão: o preâmbulo veicula normas prescritivas ou é apenas orientação à aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais? E ele

pode sofrer alterações por Emenda Constitucional?

Para tanto, deveremos: (i) compreender como a CF/88 se estrutura; (ii) entender o papel do preâmbulo e do ADCT; e (iii) analisar como a CF/88 pode ser alterada.

A análise da possibilidade de alteração do nosso sistema de governo para o parlamentarismo determina que saibamos se o preâmbulo compõe ou não um núcleo imutável da CF/88, quais são as hipóteses de mutabilidade e, ainda, se a noção de Estado Democrático de Direito, pressupõe a escolha do presidencialismo enquanto sistema de governo.

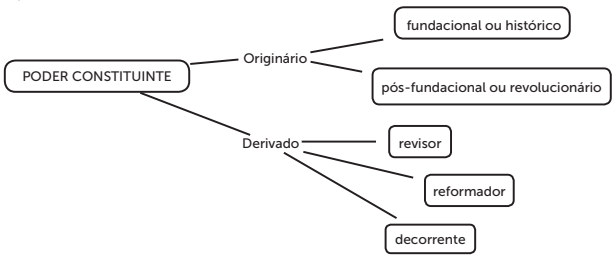
E, então? Vamos começar?

Não pode faltar

Para respondermos à questão proposta para esta seção, vamos começar com um pouquinho de teoria, imprescindível para fundamentarmos a solução que daremos a ela. Vamos lá!

Vamos começar estudando um pouquinho da chamada mutabilidade constitucional, ou seja, do poder de modificar a CF/88, inserindo novas normas ou alterando as que já existem. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 48-49), "a supremacia da Constituição decorre de sua origem. Provém ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado *Poder Constituinte*". Vale notar que esse poder constituinte se refere tanto ao poder de modificar a Constituição vigente quanto o de criar uma nova Constituição. No primeiro caso, teríamos o chamado poder constituinte derivado e, no segundo, poder constituinte originário, o que será abaixo esquematizado:

Figura 1.10 | Poder constituinte



Fonte: Elaborado pela autora. (2015)

Pesquise mais

Luís Roberto Barroso (2012) ainda aponta a existência de um Poder Constituinte transnacional, ou supranacional, responsável pela produção de normas jurídicas aptas a se sobreporem às normas da Constituição do Estado-nação. Vejamos o exemplo da União Europeia, onde normas jurídicas são produzidas no âmbito da comunidade regional, sobrepondo-se às normas das Constituições dos Estados-membros daquela comunidade.

Para saber mais, indicamos a leitura do artigo abaixo. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Agora, vamos explicitar algumas características de cada um deles:

• **Poder constituinte originário**: será considerado fundacional ou histórico o poder constituinte que cria a primeira Constituição, o que ocorreu no Brasil em 1824. Por outro lado, será considerada pós-fundacional ou revolucionária todas as Constituições subsequentes, como as de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Ele se caracteriza por ser:

1. Inicial: inaugura uma nova ordem jurídica.

2. Ilimitado: não se subordina a qualquer limite previamente estabelecido.

3. Autônomo: só àquele que o exerce compete determinar os termos em que a nova Constituição se estruturará.

4. Incondicionado: não se submete a qualquer processo predeterminado para a sua elaboração

5. Permanente: não se esgota no momento de seu exercício, porque seu titular, que é o povo, pode determinar a criação de uma nova ordem jurídica.

• **Poder constituinte derivado**:

1. Revisor: poder constituinte, que, nos termos do art. 3º, do ADCT (norma considerada exaurida), modificou a CF/88 por Revisão

Constitucional, cinco anos após a promulgação da CF/88, por maioria absoluta em sessão unicameral.

2. Reformador: poder de reformar o texto constitucional por meio de Emenda Constitucional, nos termos do art. 60, da CF/88, que pode ser elaborada a qualquer tempo e deve ser aprovada nas duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) em dois turnos por três quintos de seus membros. Caracteriza-se por ser: (i) subordinado ou secundário, retirando seu fundamento do poder constituinte originário, por ter sido por ele previsto e estabelecido; (ii) limitado, por ter seus limites definidos pelo poder constituinte originário; e (iii) condicionado, devendo observar as regras estabelecidas para reforma constitucional pelo poder constituinte originário.

Vamos aqui abrir um parêntese para conversarmos sobre esses limites impostos para o poder constituinte derivado reformador. Essas limitações não se restringem às regras concernentes ao processo legislativo para a edição de uma Emenda Constitucional. A CF/88 trouxe, em seu art. 60, §4º, um núcleo rígido e imutável, chamado de **cláusulas pétreas**, composto por: (i) forma federativa de Estado; (ii) a separação de poderes; (iii) o voto direto, secreto, universal e periódico; e (iv) os direitos e garantias fundamentais.

3. Decorrente: refere-se ao poder dos Estados-membros de elaborarem suas respectivas Constituições estaduais e do Distrito Federal elaborar a sua Lei Orgânica, equiparada à Constituição estadual pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Os Municípios não possuem poder constituinte derivado decorrente.

Assimile

Vale notar que a titularidade do poder constituinte difere da legitimidade para exercê-lo. A **titularidade** é do povo. A **legitimidade** do poder constituinte é da assembleia nacional constituinte, no caso das constituições democráticas, fundamentando-se na soberania popular. Ela também pode ser exercida por outorga, nos casos em que dispensa a participação popular. Note aqui a correlação existente com a classificação das Constituições quanto à origem: promulgada, outorgada, pactuada e cesarista, conforme estudamos na seção 1.1.

Temos que ter em vista que a norma jurídica é fruto da interpretação dos textos legislados. Nesse sentido, a mudança de entendimento dos tribunais acerca dos enunciados constitucionais também se configura como manifestação do poder constituinte derivado reformador. Ele pode, então, ser classificado de duas maneiras: (i) revisão formal (Emenda Constitucional, conforme art. 59, I, e art. 60, da CF/88, e Reforma Constitucional, nos termos da norma exaurida, contida no art. 3º, do ADCT), que alteram a forma escrita da CF/88; e (ii) revisão informal, por meio da chamada de **mutação constitucional**, com a alteração apenas da interpretação do texto, que é de competência do STF. A revisão informal se materializa como manifestação do chamado poder constituinte difuso.

Exemplificando

O STF enfrentou questão que ensejou a chamada mutação constitucional, quando reconheceu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF132, a união homoafetiva, conferindo nova interpretação ao art. 226, §§ 3º e 4º, da CF/88, alterando, assim, a concepção de entidade familiar até então restrita à união entre homem e mulher.

Faça você mesmo

E você? Lembra-se de mais algum caso que possa configurar mutação constitucional? Que tal pensar na definição de "casa" enquanto asilo inviolável do indivíduo, adotada pelo STF em face do art. 5º, XI, da CF/88? A mutação constitucional possui algum limite, ainda que implícito, para que o STF a realize?

Além da mutação constitucional, devemos conhecer um outro instituto jurídico que vem ganhando espaço no estudo da hermenêutica constitucional, ou seja, da interpretação da CF/88. É a chamada **derrotabilidade** (*defeasibility*), que tem por fundamento a impossibilidade de o legislador antever todas as possibilidades de entendimento do enunciado que ele elabora. Assim, certos acontecimentos, ocorridos no mundo social, podem se configurar

como exceção à regra prevista pelo legislador, "derrotando-a". Vamos a um exemplo?

Exemplificando

O legislador infraconstitucional previu, nos arts. 124 e 126, do Código Penal (CP) que o aborto provocado é crime, mas excepcionou a hipótese de haver ameaça à vida da mãe (aborto necessário) e em se tratando de gravidez resultante de estupro. Não há outras exceções legalmente previstas. Todavia, o STF, na ADPF 54/DF, entendeu que não deve ser tipificado como crime o aborto de feto anencéfalo, derrotando, assim, aquela norma.

Faça você mesmo

Você se lembra de mais algum exemplo em que podemos verificar a derrotabilidade? Uma dica para identificá-la é sempre que a interpretação criar exceções que a lei não prevê expressamente, estamos diante desse instituto jurídico. E a quebra do sigilo bancário e fiscal? Isso configura a chamada derrotabilidade?

A partir desses estudos, que tal aprofundarmos um pouco mais no estudo do poder constituinte?

Pesquise mais

Um texto bastante completo para o estudo do poder constituinte é o que Gilmar Mendes e Paulo Branco apresentam na obra abaixo indicada:

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 103-134

Agora vamos ao segundo ponto desta seção. Vamos estudar a estrutura da CF/88: o preâmbulo e o ADCT.

O preâmbulo da CF/88 determina o seguinte:

Figura 1.11 – Promulgação da CF/88

Fonte: <http://tribunadomoxoto.com/site-antigo/noticias/item/796-ha-20-anos-brasileiros-decidiram-pelo-presidencialismo>. Acesso em: 28 jul. 2015.

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

Sobre o preâmbulo, há algumas correntes que o definem e é bastante importante conhecê-las:

• **Teoria política**: adotada pelo STF, é também chamada de teoria da irrelevância por considerar que o preâmbulo constitui apenas um discurso político, uma carta de intenções do poder constituinte originário. Na ADI 2076, foi decidido que não havia inconstitucionalidade na Constituição Estadual do Acre que não trazia a palavra "Deus" em seu preâmbulo, justamente pelo fato de se considerar que ele não possui eficácia normativa, ou seja, prescritividade.

• **Teoria jurídica comum**: também chamada de tese da plena eficácia do preâmbulo, trata-se de teoria minoritária e considera que se ele foi criado pelo poder constituinte originário, possui eficácia

normativa (prescritividade) como qualquer outra norma constitucional.

• **Teoria específica**: também chamada de tese da relevância jurídica indireta, é a teoria majoritária e considera que o preâmbulo prevê a forma de Estado (federação), a forma de governo (república), regime de governo (democrático de Direito), Estado teísta (Deus) e omissão quanto à religião (Estado laico), sendo assim fonte de interpretação das normas contidas na CF/88.

Vale notar aqui o posicionamento adotado por Aurora Tomazini de Carvalho (2013, p. 678-679), que afirma que o preâmbulo, juntamente com os outros sinais que remetem ao processo de produção da CF/88, a autoridade competente (Ulysses Guimarães) e as coordenadas de espaço (Brasília) e de tempo (5 de outubro de 1988) em que se deu a sua produção, constituem o que ela chama de enunciação-enunciada. Assim, o preâmbulo faz parte das marcas do processo de criação da CF/88 deixadas pelo legislador constitucional.

Agora passaremos à análise do ADCT. A ele, adota-se a **teoria jurídica comum**, que entende que todos os atos contidos no ADCT são normas constitucionais, sendo certo que todos eles possuem eficácia normativa, sendo consideradas prescritivas de condutas, exceto aqueles que já produziram efeitos, constituindo as denominadas normas exauridas, como é o caso do exercício do poder constituinte derivado revisor, nos termos do art. 3º, do ADCT.

E você se pergunta: Para que o ADCT foi editado? Foi justamente para regular as situações que perdurariam no tempo, apesar da promulgação da CF/88 e da emergência de uma nova ordem jurídica, o legislador constitucional, no exercício do poder constituinte originário, editou normas que estão fora do texto da CF/88, mas possuem o mesmo *status* de norma constitucional.

Reflita

Nos termos do art. 19, do ADCT, os servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais, que tivessem ingressado no serviço público há mais de cinco anos continuados na data da promulgação da CF/88 e que não tenham sido admitidos por concurso público são considerados estáveis. Podemos considerar essa norma exaurida? Ela pode ser modificada por Emenda Constitucional?

Para responder à questão, reflita sobre a finalidade do ADCT que é justamente excepcionar hipóteses concretas da incidência de uma norma, constante do corpo da CF/88, ou instituir um regime vantajoso para um determinado grupo de indivíduos. Nesse sentido, o art. 19, do ADCT, poderia ser objeto de Emenda Constitucional? O que você acha?

Vamos continuar estudando essa questão com a leitura abaixo:

Pesquise mais

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 77-80

Sem medo de errar

Vamos agora buscar a solução para a questão proposta?

Para tanto, devemos retomar o problema proposto no início dessa unidade de ensino. Você, renomado jurista, deverá opinar sobre a possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista por meio de Emenda Constitucional.

Nesta seção, estudamos os princípios fundamentais na CF/88, o poder constituinte, mutação constitucional e derrotabilidade e a estrutura da CF/88: preâmbulo e ADCT e agora vamos responder à seguinte questão: Para fins de análise da possibilidade de reforma da Constituição, o preâmbulo veicula normas prescritivas ou são apenas orienta a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais? E ele pode sofrer alterações por Emenda Constitucional?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar das teorias que dispõem sobre a eficácia normativa, sobre a prescritividade do preâmbulo: teoria política (STF), teoria jurídica comum (teoria minoritária) e teoria específica (teoria majoritária).

Além disso, é importante pensar em como o poder constituinte derivado reformador se caracteriza: subordinado, limitado e condicionado.

A partir de tudo que estudamos nessa seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera ser o preâmbulo irrelevante, constituindo mera orientação para a interpretação e aplicação da CF/88? Para tanto, avalie também o fato de que ele foi criado pelo poder constituinte originário e se, a partir disso, pode ser alterado por Emenda Constitucional.

Lembre-se

Lembre-se de que o poder constituinte originário se caracteriza por ser inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado e permanente, não possuindo limitações nem condições prévias para a criação da nova Constituição. A partir disso, o legislador constituinte originário optou por constituir um núcleo rígido e imutável, previsto no art. 60, §4º, da CF/88, quais sejam, forma federativa de Estado, a separação de poderes o voto direto, secreto, universal e periódico, e os direitos e garantias fundamentais.

E aí? Como você avalia a questão relativa ao preâmbulo? Ele possui prescritividade, ou seja, eficácia normativa? E pode ser objeto de Emenda Constitucional ou faz parte daquele núcleo rígido e imutável, chamado de cláusulas pétreas?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Alterabilidade dos dispositivos do ADCT	
1. Competência de fundamentos de área	Compreender, a partir da análise do poder constituinte e da estrutura da CF/88, a possibilidade de alteração das normas do ADCT, considerando aquelas que já produziram efeitos, chamadas de normas exauridas.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente a prescritividade do ADCT e a aplicação da teoria jurídica comum e possibilidade de alteração, por Emenda Constitucional, das normas em vigor e daquelas consideradas exauridas.
3. Conteúdos relacionados	•Características do poder constituinte originário e derivado •A natureza das normas do ADCT: prescritividade e normas exauridas

4. Descrição da SP	O ADCT foi editado pelo poder constituinte originário para dispor sobre aquelas situações que se alongam no tempo. Sobre ele, adotamos a teoria jurídica comum, que considera que suas normas possuem prescritividade. Todavia, nela há normas que já produziram seus regulares efeitos no momento da entrada em vigor da CF/88. A partir dessas considerações, o ADCT pode ser modificado por Emenda Constitucional? Há limitações para tanto?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar as características do poder constituinte originário e do ADCT. Ele possui eficácia normativa? Pode ser alterado por completo? Possui um núcleo rígido e imutável que não pode ser objeto de Emenda Constitucional? Ou são outras as limitações que se impõem à alteração das normas exauridas?

Lembre-se

O poder constituinte originário editou o ADCT para dispor sobre questões que se estendiam no tempo e que não deveriam compor o rol das normas constitucionais, possuindo, no entanto, também status de norma constitucional. Sobre ele adotamos a teoria jurídica comum, o que, a princípio, ao conferir eficácia normativa, determinaria a possibilidade de sua alteração por Emenda Constitucional, fruto do poder constituinte derivado reformador. No entanto, compete pensar: todas as normas contidas no ADCT são suscetíveis de alteração? E as normas exauridas? O que justificaria a possibilidade ou não de serem alteradas?

Faça você mesmo

A partir de então, pensando na questão da alterabilidade do ADCT, você agora é capaz de analisar outros casos como esse. Há outras normas na CF/88 que não estão diretamente relacionadas entre as cláusulas pétreas, núcleo rígido e imutável, previstas no art. 60, §4º, da CF/88, e que não podem ser modificadas por Emenda Constitucional? E por mutabilidade constitucional? Há limitações para que seja realizada pelo STF? O que você pensa a respeito?

Faça valer a pena

1. (ENADE/2012) Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 226, § 3º).

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, art. 1.723).
Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.277, Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 219, jan./mar. 2012, p. 240).
Considerando os textos apresentados acima, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.
I. No plano jurídico, inclusive no que concerne a processos judiciais de natureza cível, ganhou força a interpretação de que deve ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, em razão da decisão proferida na ADI n.º 4.277.
PORQUE
II. O Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição Federal, por exercer o controle de constitucionalidade, o que ocorre, entre outras hipóteses, quando julga uma ação direta de inconstitucionalidade.
A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

(a) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
(b) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
(c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
(d) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
(e) As asserções I e II são proposições falsas.

2. O Congresso Nacional aprovou, segundo os requisitos postos no art. 60, da CF/88, uma Emenda Constitucional que alterou a forma federativa de Estado, determinando que, a partir dela, a República Brasileira seria comporia um Estado unitário. Considerando a aludida emenda constitucional, assinale a alternativa correta:

(a) A Emenda Constitucional em questão não se submete ao controle de constitucionalidade, porque é fruto do poder constituinte derivado reformador, que se caracteriza, assim como o originário, por ser autônomo, ilimitado e incondicionado.
(b) A norma aprovada pelo poder constituinte derivado, seja ele reformador

ou revisor, se submete ao controle de constitucionalidade, como ocorre com a Emenda Constitucional que objetiva a alteração da forma federativa de Estado.
(c) O poder constituinte derivado reformador, bem como o revisor, objetiva a reforma do texto constitucional a qualquer tempo.
(d) A Emenda Constitucional deve ser aprovada pelo sistema unicameral por três quintos de seus membros, não podendo dispor sobre as matérias elencadas como cláusulas pétreas.
(e) A forma federativa de Estado é matéria que pode ser objeto de apreciação pelo poder constituinte derivado decorrente.
apreciação pelo poder constituinte derivado decorrente.

3. O art. 100, da CF/88, determina que os pagamentos feitos pelas Fazenda Públicas federal, estadual, distrital e municipal, em virtude de sentença judicial, será feito na ordem cronológica de sua apresentação. No entanto, o STF, no julgamento da Rcl. 3982/ES, decidiu que essa ordem cronológica para pagamento dos precatórios pode ser excepcionada, considerando o quadro de saúde do interessado. Diante disso, verifica-se que a decisão do STF foi proferida de acordo com:

(a) poder constituinte derivado reformador.
(b) poder constituinte difuso.
(c) mutabilidade constitucional.
(d) derrotabilidade.
(e) poder constituinte derivado decorrente.

Seção 1.4

Métodos, limites, princípios e regras de interpretação constitucional

Diálogo aberto

Vamos à última seção dessa primeira unidade de ensino do nosso estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional. Estamos estudando Constituição e hermenêutica e nesta Seção vamos novamente retomar a situação geradora de aprendizado, em que estamos discutindo a possibilidade de alteração da CF/88 por meio de Emenda Constitucional para adotarmos o parlamentarismo como sistema de governo.

Retomando a questão, a CF/88 foi o marco da redemocratização do país, após mais de 20 anos de ditadura militar. A partir dela, foram retomadas as eleições diretas, dada liberdade de atuação para os sindicatos e consagrada a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, a partir de então, devem atuar harmonicamente.

Na seção 1.1, analisamos os conceitos de Constituição e buscamos apontar aquele que melhor define a CF/88. Além disso, falamos sobre a classificação das Constituições, para verificarmos em que classes, observados os critérios classificatórios, a CF/88 se enquadra e, por fim, tecemos um histórico das Constituições brasileiras e suas principais características.

Na seção 1.2, analisamos os princípios fundamentais na CF/88, a separação de poderes e os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil e respondemos à questão atinente à possibilidade de reforma da Constituição, se a democracia seria uma regra ou um princípio e se a previsão do Estado Democrático no preâmbulo da CF/88 tem conteúdo prescritivo ou se trata de mera declaração de intenções.

Na seção 1.3, estudamos propriamente a mutação, reforma, as regras e princípios e derrotabilidade, além da estrutura da CF/88: o preâmbulo e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Agora, na seção 1.4, estudaremos os métodos, limites, princípios e regras de interpretação constitucional, objetivando responder a seguinte questão: quais os métodos, princípios e regras de interpretação se aplicam à adoção do sistema de governo presidencialista? Há limites à interpretação do sistema de governo adotado pela CF/88?

Para tanto, deveremos: (i) compreender os métodos interpretativos e os limites a que se submetem; (ii) analisar os princípios e regras de interpretação constitucional.

A análise da possibilidade de alteração do nosso sistema de governo para o parlamentarismo determina que saibamos

Não pode faltar

Para analisarmos a questão posta nesta seção, vamos estudar um pouquinho das teorias que explicam como se dá a interpretação das normas constitucionais, o que nos dará os fundamentos necessários para solucioná-la. Vamos lá!

Para começar, vale notar que interpretar é construir sentido, é criar normas jurídicas, segundo o horizonte cultural, as vivências e experiências daquele que interpreta. Por sua vez, a Hermenêutica Jurídica é a Ciência que estuda e sistematiza o processo de construção e justificação do sentido dos textos de direito.

Essa concepção advém da superação da filosofia da consciência, que entendia ser o sentido algo contido no texto, escondido em sua implicitude, sendo função do intérprete revelá-lo. A partir do giro-linguístico, que significou foi uma revolução filosófica, rompendo com a filosofia da consciência e inaugurando a filosofia da linguagem, passou-se a entender que o sentido não está escondido no texto, também chamado de suporte físico. Não se trata mais de algo a ser descoberto, mas de algo construído por meio da linguagem, a partir de um ato de valoração do intérprete. Nesse sentido, segundo Aurora Tomazini de Carvalho (201, p. 225), "as significações são construídas na mente daquele que interpreta o suporte físico, por este motivo, requerem, indispensavelmente, a presença do homem. Assim sendo, podemos dizer que não existe texto sem conteúdo, mas também não existe conteúdo sem o ser humano. O conteúdo está no homem, apenas é atribuído ao texto".

A partir disso, entende-se que para conhecer o Direito, deve-se compreendê-lo, interpretá-lo, para que se possa construir o seu conteúdo, o seu sentido e o seu alcance.

Pesquise mais

Para compreender um pouco mais sobre essa evolução das teorias sobre a interpretação, vamos ler o texto de um dos autores pioneiros na aplicação das novidades trazidas pelo giro-linguístico ao Direito brasileiro:

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 155-209.

Tradicionalmente a doutrina elenca os métodos, limites e princípios aplicados à interpretação dos textos jurídicos e é bastante importante, além da doutrina mais moderna, conhecê-los, uma vez que continuamos aplicando-os em diversas situações:

- **Métodos**:

1. Jurídico ou hermenêutica clássica: a CF/88 deve ser interpretada como se fosse uma lei, sendo o sentido das normas constitucionais extraído do texto, sem que o intérprete avance além de seus preceitos. Para tanto, utiliza-se os seguintes elementos: (i) filológico, literal ou gramatical; (ii) lógico (sistemático, em que se analisa a norma diante do conjunto); (iii) histórico (com a análise do projeto de lei, das discussões, da justificativa, da exposição de motivos etc); (iv) teleológico (analisa-se a finalidade da norma); (v) genético (análise da origem dos conceitos existentes na norma).

2. Tópico-problemático: é baseado na priorização do estudo do caso concreto sobre a norma, partindo da premissa de que a interpretação possui um caráter prático e que as normas constitucionais são abertas. O problema passa, então, a ser considerado o centro do método interpretativo.

3. Hermenêutico-concretizador: também consagra a importância do caso concreto a que a norma se aplica, orientando, assim, um pensamento para a solução do problema (pressuposto objetivo). No entanto, reconhece a importância das pré-compreensão do intérprete (pressuposto subjetivo). Sendo assim, pelo método hermenêutico-

concretizador. Difere-se do método tópico-problemático, porque, ao contrário dele, a norma prevalece sobre o problema.

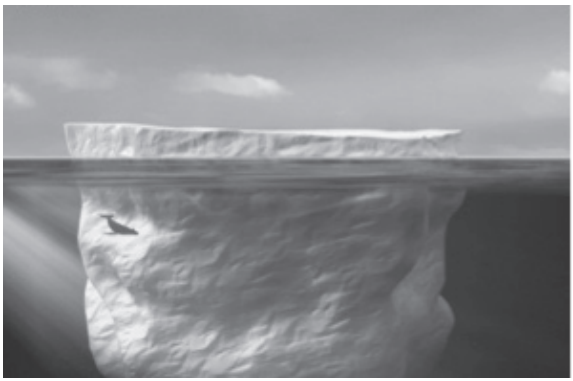
Reflita

O método hermenêutico-concretizador determina a primazia da norma sobre o problema, associada à pré-compreensão do intérprete. A partir dele, como interpretaríamos o seguinte caso: no Centro de São Paulo, há vários imóveis desocupados que foram invadidos. As pessoas que ali estão reivindicam a adequação desses imóveis para o atendimento das necessidades básicas, como ligação de água, luz e esgoto, ou a concessão de moradias pelo Poder Público para essas famílias, sob o argumento de que a moradia é direito social, expressamente previsto no art. 6º, da CF/88. O direito social à moradia deve ser compreendido como um direito absoluto? Como compreender, no caso o pressuposto objetivo? E o subjetivo? Você sendo o intérprete, como definiria a pré-compreensão necessária para interpretar o caso?

4. Científico-espiritual: baseia-se na ideia de que a CF/88 é instrumento de integração política e social, contribuindo para a unidade social e combatendo os conflitos sociais. Assim, o intérprete deve considerar os valores subjacentes à CF/88, integrando o sentido de suas normas a partir da captação espiritual da realidade da comunidade.

5. Normativo-estruturante: determina a distinção entre a norma constitucional e o texto normativo da CF/88. Assim, a leitura do texto normativo, por si só, não reflete a norma constitucional. É necessário que a ela seja associada à parcela oculta chamada de domínio normativo ou parte da realidade. Nesse sentido, poderíamos usar a metáfora clássica do iceberg, que seria a norma constitucional. O texto da norma é apenas a ponta do iceberg. A base é aquela parcela oculta da norma que não está no texto normativo, constituindo a sua realidade concreta (domínio normativo).

Figura 1.12 – Iceberg



Fonte: <http://www.wired.com/2011/08/iceberg-towing-drinking-water/>. Acesso em: 31 jul. 2015.

Assimile

- Método jurídico: interpreta-se a CF/88 como se interpreta a lei.
- Método tópico-problemático: primazia do problema sobre a norma.
- Método hermenêutico concretizador: pressuposto subjetivo (pré-compreensão do intérprete) + pressuposto objetivo (primazia da norma sobre o problema).
- Método científico-espiritual: considera os valores subjacentes ao texto, integrando-os à realidade da comunidade.
- Normativo-estruturante: a interpretação deve considerar o texto da norma e sua concretização na realidade.
- Interpretação comparativa: comparação entre diferentes ordenamentos jurídicos.

Agora, vamos ao estudo dos princípios que se aplicam especificamente à interpretação dos textos constitucionais:

- **Princípios de interpretação**:

1. Unidade da Constituição: determina que o intérprete considere a Constituição como um todo unitário, obrigando a harmonização das normas constitucionais aparentemente contraditórias ou conflitantes, no momento de sua aplicação. A partir disso, podemos concluir que:

(i) em decorrência do princípio da unidade da Constituição, todas as normas insertas na CF/88 possuem mesma hierarquia, dignidade e força normativa, inclusive as que integram o ADCT, estudado na seção 1.3; (ii) não se pode falar em inconstitucionalidade das normas constitucionais, fruto do poder constituinte originário. Somente as normas constitucionais, fruto do poder constituinte derivado podem se submeter ao controle de sua constitucionalidade; e (iii) inexistem verdadeiras incompatibilidades ou antinomias entre as normas constitucionais, porque seu texto deve ser lido de forma harmônica.

2. Efeito integrador: é consequência lógica do princípio da unidade da Constituição e determina que na interpretação constitucional, o intérprete confira primazia aos pontos de vista que favoreçam a integração política a social e o reforço da unidade política.

3. Máxima efetividade: também chamado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, afirma que o intérprete deve atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê a máxima efetividade social. Esse princípio é invocado especialmente em relação à interpretação dos direitos fundamentais.

4. Justeza: também chamado de princípio da conformidade ou da correção funcional, estabelece que a interpretação da CF/88 não poderá ensejar um resultado que subverta o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo constituinte, ou seja, não poderá alterar a estrutura de separação dos Poderes e de exercício das competências constitucionais estabelecidas pelo poder constituinte originário.

Exemplificando

Hoje se discute muito o ativismo judicial, ou seja, os casos em que os tribunais atuam como legislador positivo, especialmente o STF ao atuar no controle de constitucionalidade das leis. Considera-se que ele, ao fazê-lo, estaria subvertendo a repartição constitucional de funções entre os Poderes, o que o princípio da justeza ou da conformidade funcional tenta evitar.

Faça você mesmo

Agora você pode pensar em outras situações como essa. E quando o Poder Executivo, ao editar seus atos normativos, no exercício próprio

do poder de regulamentar, ultrapassa o que a lei dispõe. Haveria aqui também afronta ao princípio interpretativo da justeza ou da conformidade funcional?

5. Harmonização: esse princípio também decorre do princípio da unidade da Constituição, exigindo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devam coexistir harmonicamente, sem que um predomine sobre o outro, sem que um se sacrifique em face de outro.

6. Força normativa da Constituição: esse princípio foi concebido por Konrad Hesse e determinou que, na interpretação constitucional, o intérprete deve valorizar as soluções que possibilitem a atualização normativa, a eficácia e a permanência da CF/88. Não se preocupa com os fatos, visando apenas à norma constitucional, que deve ser observada independentemente dos anseios da sociedade. Assim, além de supremacia, a CF/88 possui força normativa. Se não for observada, perde a sua eficácia, ou seja, a sua força normativa.

Figura 1.13 – Konrad Hesse

Fonte: <http://elpais.com/diario/2005/04/20/agenda/1113948007_850215.html>. Acesso em: 31 jul. 2015.

7. Interpretação conforme a Constituição: no caso de se admitir mais de uma interpretação para a mesma norma, deve-se dar preferência para aquela que seja compatível com o conteúdo da CF/88. Esse princípio objetiva evitar a declaração de inconstitucionalidade da norma

e a sua consequente retirada do ordenamento jurídico.

8. Teoria dos poderes implícitos: sempre que a CF/88 outorgar um poder, competência ou um fim a ser atingido, estarão incluídos todos os meios necessários à sua efetivação, guardada a relação de adequação entre meios e fins, ou seja, isso deve ser feito em consonância com o princípio da proporcionalidade.

Assimile

- Unidade da Constituição: considera que CF/88 em sua totalidade.
- Efeito integrador: prioriza critérios que favoreçam a integração política e social.
- Máxima efetividade: prioriza o sentido que dê maior efetividade social.
- Justeza (conformidade funcional): evita sentido que subverta a divisão funcional dos Poderes.
- Harmonização: evita o sacrifício total de um bem jurídico em face de outro.
- Força normativa da Constituição: prioriza soluções que possibilitem atualização normativa, eficácia e permanência da CF/88.
- Interpretação conforme a Constituição: busca o sentido que melhor reflita os anseios da CF/88.
- Teoria dos poderes implícitos: sempre que a CF/88 outorga competências, ela também concede implicitamente os meios necessários a sua efetivação.

A interpretação constitucional é um dos temas mais relevantes de toda a unidade curricular. Conforme apontado anteriormente, compreendida a interpretação enquanto construção de sentido, é por meio dela que o intérprete constrói a norma a ser aplicada no caso concreto. Por isso, vamos à indicação de mais algumas leituras sobre o tema:

Pesquise mais

Há livros inteiros sobre o tema, mas fica aqui a indicação de alguns excelentes cursos de Direito Constitucional, que o tratam de forma

mais direta e sistematizada, ideal para iniciar a análise da interpretação constitucional. Com o tempo, por certo o interesse pelo tema, dada a sua relevância, crescerá e você recorrerá aos autores clássicos, tais como Canotilho, para aprofundar seus estudos:

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 411-418

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.**10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-98

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14-16

Além disso, é bastante importante que a partir do estudo dos princípios de interpretação, que você busque nas decisões proferidas pelos tribunais, especialmente pelo STF, como eles guiam a tomada de decisão diante dos casos concretos.

Exemplificando

Na ADI 5081/DF, o STF determinou que à expressão "suplente", constante no art. 10, da Resolução TSE 22.610/07, deve ser atribuída interpretação conforme a Constituição. O citado artigo prevê que: "Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias". Sendo assim, usando o princípio da interpretação conforme a Constituição, o STF excluiu a aplicação da expressão "suplente" aos cargos do sistema eleitoral majoritário, utilizado para a eleição dos chefes do Poder Executivo.

Faça você mesmo

Agora, você está convidado a buscar decisões proferidas pelo STF, identificando, em cada caso, os princípios e métodos de interpretação utilizados para a tomada de decisão. Vamos lá? Para tanto, você poderá acessar o site do STF no seguinte endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 dez.2018.

E então? A partir de tudo que estudamos, vamos responder ao problema que expusemos no início da seção?

Sem medo de errar

Agora é hora de discutirmos o problema proposto no início desta seção?

Para tanto, devemos retomar a questão do início dessa unidade de ensino. Você, enquanto consultor, deverá opinar sobre a possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista por meio de Emenda Constitucional.

Nesta seção, estudamos os métodos, limites, princípios e regras de interpretação constitucional, objetivando responder a seguinte questão: quais os métodos, princípios e regras de interpretação se aplicam à adoção do sistema de governo presidencialista? Há limites à interpretação do sistema de governo adotado pela CF/88?

Atenção

Aqui é muito importante retomarmos os métodos de interpretação que estudamos: jurídico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante e interpretação comparativa; bem como os princípios e regras relativos à interpretação das normas constitucionais: unidade da Constituição, efeito integrador, máxima efetividade, justeza (conformidade funcional), harmonização, força normativa da Constituição, interpretação conforme a Constituição e teoria dos poderes implícitos.

A partir de tudo que estudamos nesta seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera que o sistema de governo presidencialista poderá ser alterado por Emenda Constitucional? E os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade e da justeza ou conformidade funcional? Aplicam-se ao caso? Que método deve ser aplicado para interpretar a possibilidade de alteração do sistema de governo brasileiro?

Lembre-se

Lembre-se de que a interpretação pode ainda ser considerada como construção de sentido, como criação da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto, como definimos no início da seção.

E sob essa outra concepção de interpretação, diversa daquela relativa à extração de sentido? Sob essa perspectiva, como poderíamos analisar a questão atinente à possibilidade de alteração do sistema de governo presidencialista pelo parlamentarista?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
Aplicabilidade da interpretação conforme a Constituição no caso de importação de pneus para reposição	
1. Competência de fundamentos de área	Compreender, a partir da análise dos benefícios fiscais para importação de pneus destinados ao processo produtivo e se eles se estendem à importação de pneus para reposição, como poderia ser feita a interpretação conforme a Constituição. .
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar os princípios aplicados à interpretação, especialmente a interpretação conforme a Constituição, bastante usada pelo STF para evitar a declaração de inconstitucionalidade da norma, compatibilizando a norma com a CF/88.
3. Conteúdos relacionados	• Características da interpretação conforme a Constituição • A extensão e limites da interpretação conforme a Constituição
4. Descrição da SP	O art. 5º, §1º, X, da Lei 10.182/01, concedeu benefício fiscal à importação de pneus destinados ao processo produtivo das montadoras e fabricantes de veículos leves, sem nada mencionar quanto às importações de pneus destinadas à reposição. Como você, renomado jurista, posicionar-se-ia a respeito? Você estenderia o benefício às importações de pneus para reposição, de acordo com o princípio da isonomia? Como aplicar a interpretação conforme a Constituição ao caso?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar as características, extensão e limites da interpretação conforme a Constituição. Ela pode ser aplicada para estender benefício concedido por lei para situação específica a outras situações? Não haveria afronta ao princípio da justeza ou conformidade funcional em se tratando de benefício concedido por lei elaborada pelo Poder Legislativo a ser estendida a situação que não foi por ele prevista pelo Poder Judiciário?

Lembre-se

O princípio da interpretação conforme a Constituição assevera que quando há a possibilidade de se atribuir interpretações distintas para a mesma norma, deve-se optar por aquela que torna a norma compatível com a CF/88, evitando-se a declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, o princípio da justeza ou da conformidade funcional visa a impedir que se viole a separação das funções atribuídas aos Poderes na CF/88. Sendo assim, compatibilizar a interpretação da norma que concede benefícios fiscais à importação de pneus a serem empregados na cadeia produtiva, estendendo-os à importação de pneus para reposição, não configuraria o ativismo judicial? Não estaria o Poder Judiciário, caso assim decidisse, legislando positivamente?

Faça você mesmo

A partir de então, pensando na questão atinente à extensão de benefícios fiscais à situação que não foi prevista na lei que os concedeu, convido você a resolver outro problema relativo à aplicação da interpretação conforme a Constituição e seus limites: a Lei Estadual 8.633/05 do Rio Grande do Norte instituiu contribuição social sobre proventos de aposentadoria e pensões de seus servidores públicos, isentado aqueles que sofrem de doenças graves, reconhecidas conforme as regras impostas pela Receita Federal para fins de imposto de renda, sem a necessária previsão a respeito na respectiva Constituição Estadual, como exigido pelo art. 25, da CF/88. Sendo assim, é possível, nesse caso, interpretar conforme a Constituição? E o disposto no art. 40, §21, da CF/88, que afirma que a contribuição social "incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante"? Ele reafirma o aludido princípio?

Faça valer a pena

1. Sobre os métodos de interpretação, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. Desvenda-se o sentido da norma constitucional por meio dos métodos hermenêuticos tradicionais.

PORQUE
II. Segundo o método jurídico, a interpretação da CF/88 não se distingue da interpretação da lei.
A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

(a) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
(b) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
(c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
(d) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
(e) As asserções I e II são proposições falsas.

2. O Sr. João foi internado em estado grave em um hospital particular, uma vez que dispõe de plano de saúde para custear o seu tratamento. Todavia, diante da complexidade do caso, o médico fez o pedido de um exame que não estava entre aqueles que o plano de saúde cobria. A família, sem ter como custear o exame, impetrou mandado de segurança, objetivando que seja determinado que o plano de saúde autorize a realização do citado exame as suas expensas. O juiz, responsável pela ação, partiu do caso concreto para depois analisar a norma aplicável a este, considerando que prevalece o problema sobre a norma. Sendo assim, o juiz utilizou o método interpretativo chamado:

(a) Jurídico.
(b) Tópico-problemático.
(c) Hermenêutico-concretizador.
(d) Científico-espiritual.
(e) Interpretação comparativa.

3. O art. 5º, IV, da CF/88, determina que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Além dele, a CF/88 prevê no art. 5º, XI, "a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou de licença". A liberdade de expressão foi incluída no rol dos direitos fundamentais com o intuito de afastar em definitivo as arbitrariedades do regime militar e a censura. Com base nesses dispositivos, o STF decidiu, na ADI 4.815, ser inexigível o consentimento de pessoa biografada no que concerne à obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). A partir disso, avalie as assertivas abaixo:

I. No julgamento da ADI 4.815, ao considerar a inexigibilidade de autorização do biografado ou deu seus familiares, o STF interpretou conforme a CF/88 o art. 20, do Código Civil, que determina que "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".
II. Ao conferir a essas normas constitucionais no sentido que lhe atribui maior eficácia, ela confere maior efetividade ao art. 5º, IV e XI, da CF/88.
III. Nesse caso, o STF utilizou o princípio da força normativa da Constituição para, havendo conflito entre os bens jurídicos intimidade e liberdade de expressão, um não seja sacrificado em relação ao outro.
É correto afirmar em:

(a) I, apenas.
(b) III, apenas.
(c) I e II, apenas.
(d) II e III, apenas.
(e) I, II e III.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. União homoafetiva frente à vanguarda dos principios constitucionais e a tutela dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, n. 919, maio 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 6 maio 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Eficácia, aplicação e organização do Estado

Convite ao estudo

Caro aluno, vamos ao estudo da segunda unidade de ensino do livro didático Teoria Geral do Direito Constitucional: Eficácia, aplicação e organização do Estado. Nela, vamos analisar a eficácia das normas constitucionais (plena, limitada e contida), além de aprender as diferenças entre a eficácia técnica, jurídica e social, diferenciando a eficácia da validade e da vigência de uma norma. Diferenciaremos o Estado Federal e o Estado Unitário, analisando, ainda, como a Federação brasileira se caracteriza. Por fim, vamos estudar o instituto da intervenção, como se caracteriza e quais são as hipóteses de intervenção federal e estadual.

O nosso estudo de Teoria Geral do Direito Constitucional objetiva desenvolver os fundamentos teóricos da organização jurídico-constitucional da CF/88, destacando seus objetos, princípios e garantias.

Para articular os conteúdos teóricos a situações objetivas, vamos a uma reflexão?

O legislador constitucional optou por adotar a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

A partir dessa pergunta, que inicialmente nos parece bastante simples, mas que gera implicações em todo o estudo dessa unidade, vamos analisar, a cada seção de autoestudo, um aspecto

do problema. Dessa forma, após o estudo da eficácia, da validade e da vigência das normas constitucionais, verificaremos se a aplicabilidade do art. 1º, *caput*, da CF/88, é mediata ou imediata. Vamos compreender melhor as diferenças entre a forma de Estado federal e unitário, analisando a possibilidade de alteração da forma de Estado, insculpida no art. 1º e no preâmbulo, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional. Estudaremos especificamente as características da federação brasileira e verificaremos se, pelo fato de contemplar os Municípios como membros da união indissolúvel que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1º, da CF/88, diferente do que ocorre com a concepção clássica de federação, que inclui apenas os Estados como entes federados, se há a necessidade de regulamentação do referido artigo por lei infraconstitucional, ou seja, é preciso que sejam editadas normas que prevejam como os Municípios atuarão como entes federados e quais são os limites a que se submetem nesse caso. Por fim, analisaremos quanto à intervenção federal e estadual, como se classificam as normas contidas nos arts. 34 a 36, da CF/88, quanto a sua aplicabilidade, segundo a classificação de José Afonso da Silva.

Agora, tendo em vista o caminho que percorreremos para responder à questão, você, renomado jurista, considera de que tipo a eficácia da norma contida no art. 1º, *caput*, da CF/88? Essa norma pode ser alterada por Emenda Constitucional? E quanto a sua aplicação? Como defini-la? Agora, vamos iniciar nossos estudos desta segunda seção. Vamos dar o primeiro passo?

Seção 2.1

Normas constitucionais: princípios

Diálogo aberto

Você sabia que dentro da CF/88 existem normas cuja eficácia e a aplicabilidade geram efeitos distintos? Umas podem ser aplicadas de pronto; outras, exigem regulamentação. A Emenda Constitucional n° 72/13 ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos, incluindo nesse rol, por exemplo, a necessidade de recolhimento de FGTS. No entanto, esse recolhimento ficou sobrestado até que adviesse a regulamentação dessa Emenda. Poderíamos aqui citar diversos exemplos sobre o tema, mas faremos isso no decorrer dos nossos estudos. Vamos também retomar a discussão sobre a Emenda Constitucional n° 72/13 em diversos momentos desta seção, porque ela é muito interessante para exemplificar nossos estudos.

Com base nesse estudo, que envolverá a eficácia, a validade e a vigência das normas, além da sua aplicabilidade, vamos retomar a situação geradora de aprendizado, descrita no Convite ao Estudo: Como você, renomado jurista, se posiciona em relação à eficácia e à aplicabilidade da norma descrita no art. 1º, *caput*, da CF/88, que afirma que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito"? Além disso, você considera que a eficácia e a aplicabilidade dessa norma podem ser alteradas por Emenda Constitucional?

A partir desse questionamento, que permeará o estudo de toda a unidade de ensino, e a partir do estudo do tema "Normas constitucionais: princípios", você, renomado jurista, com base no estudo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, diferenciando-as da validade e da vigência, considera a aplicabilidade da norma contida no art. 1º, *caput*, da CF/88, mediata ou imediata? Essa norma demanda regulamentação?

Para solucionar o problema proposto nessa seção, você deverá utilizar todo o material disponível. Não se esqueça do quanto

é importante se familiarizar com os temas a serem estudados com antecedência, por meio da Webaula correspondente e, na sequência, ler toda a seção no livro didático, realizando as atividades que são propostas. Além disso, sempre que possível, pesquise mais sobre o tema. As indicações bibliográficas são um caminho para que você aprofunde o estudo de algum tópico que desperte a sua curiosidade. Quem sabe, a partir dessas indicações, você comece a pesquisar sobre o tema e acabe se tornando um especialista no assunto?

Então, vamos começar a análise dos temas propostos.

Não pode faltar

Para começarmos a estudar a eficácia das normas, é importante fazermos a distinção entre validade, vigência e eficácia, caracterizando-as:

• **Validade**: é a relação de pertencimento de uma norma jurídica ao sistema jurídico. Se a norma é considerada válida é porque ela existe dentro do sistema. Se a norma existe, ela está no sistema e é, portanto, válida. Sendo assim, a partir do momento em que a norma é publicada, ela ingressa no sistema jurídico, sendo considerada existente e válida. Ela somente perderá a validade quando for dele retirada, seja por meio da revogação, seja por meio da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com a edição da competente resolução do Senado, nos termos do art. 52, X, da CF/88, para suspender a execução da norma inconstitucional.

Assimile

Existem inúmeras formas de definir sistema e ordenamento jurídico. Adotaremos aquela que se refere ao conjunto de normas válidas em determinado espaço e sob certas condições de tempo, colocando sistema e ordenamento como sinônimos. Podemos, ainda, dizer que o sistema ou o ordenamento jurídico é composto pelo conjunto de enunciados prescritivos vigentes.

Na sequência, antes de passarmos ao estudo da vigência da norma jurídica, que tal pesquisarmos um pouco mais sobre a definição de ordenamento e sistema jurídico?

Pesquise mais

Alguns autores tratam ordenamento e sistema como sinônimos; outros, traçam inúmeras diferenças entre eles. O texto indicado a seguir sistematiza bem essas ideias:

BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico.** São Paulo: Noeses, 2014. v. 1, p. 249-269.

Vamos, ainda, pensar mais um pouquinho na questão da validade da norma a partir de um questionamento prático:

Reflita

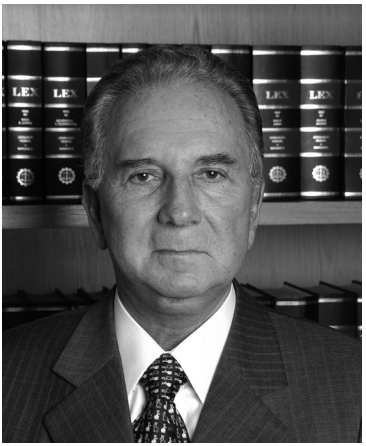
Pensando nessa acepção de validade, pode-se falar que uma lei declarada inconstitucional pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cuja decisão proferida tem efeitos retroativos (*ex tunc*), ou seja, desde a publicação da aludida lei, é uma lei considerada *nati morta*, sendo, pois, uma lei que já nasceu morta? Mas e os efeitos por ela produzidos desde a sua edição até a sua declaração de inconstitucionalidade? É possível desconstituí-los desde seu nascimento?

- **Vigência**: é a propriedade que as normas jurídicas possuem para gerar efeitos quando ocorrer os eventos por elas descritos. É a força de a norma disciplinar e reger os comportamentos no mundo social, cumprindo, assim, seus objetivos. Há normas que existem, são válidas no sistema jurídico, mas não são vigentes. Ainda que ocorram os fatos que elas preveem, elas não produzirão efeitos. É o que chamamos de *vacatio legis*.

Vale salientar que a vigência não se confunde com a aplicação das normas jurídicas. Ocorre em muitos casos que normas que já perderam a vigência continuam sendo aplicadas para situações ocorridas enquanto ela ainda estava em vigor. Nesse caso, essas normas possuem vigência apenas em relação a fatos anteriores a sua revogação, não alcançando fatos novos ocorridos posteriormente.

•**Eficácia**: a eficácia, segundo Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 81-84) pode ser analisada sob três pontos de vista: técnico, jurídico e social. Vamos analisar cada um deles:

Figura 2.1 – O jurista Paulo de Barros Carvalho



Fonte: <http://www.conjur.com.br/2009-out-21/livro-aberto-livros-vida-tributarista-paulo-barros-carvalho>. Acesso em: 10 ago. 2015.

1) Eficácia técnica: é a condição que a norma possui de descrever acontecimentos do mundo real ou social, que irradiem efeitos jurídicos, removidos os obstáculos que impediam a propagação desses efeitos. Considera-se haver ineficácia técnica, quando as normas jurídicas são vigentes e o que elas descrevem para o mundo social se realiza, mas não ocorre o fenômeno da juridicização dos acontecimentos, não gerando seus regulares efeitos. As normas que demandam regulamentação para serem aplicadas têm na necessidade de regulamentação um obstáculo para a sua aplicação, pelo que devem ser consideradas ineficazes tecnicamente. Pode ser citado como exemplo novamente os direitos trabalhistas das domésticas, que somente puderam ser por elas exigidos a partir da regulamentação da Emenda Constitucional 72/13.

2) Eficácia jurídica: é o próprio mecanismo da incidência, em que efetivado o que está previsto na norma, são projetados os seus efeitos prescritivos. Segundo Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 83), é o que se denomina como sendo a chamada causalidade jurídica, ou seja, vínculo de implicação, em que ocorrendo o fato jurídico relatado na

norma, instala-se, por conseguinte, a relação jurídica. A eficácia jurídica não é, portanto, atributo da norma, mas do fato nela previsto, enquanto propriedade de gerar os efeitos que lhes são próprios. Um ótimo exemplo é o art. 121, do Código Penal, que afirma ser crime matar alguém. Afere-se a eficácia jurídica dessa norma a partir do momento em que um sujeito mata alguém, o que ensejará uma pena de reclusão de seis a 20 anos.

3) Eficácia social: também chamada de efetividade, corresponde aos padrões de observância de determinada norma historicamente dada pela comunidade. Nesse caso, será considerada eficaz a norma que foi concretamente seguida por seus destinatários, satisfazendo os anseios do legislador naquela situação tipificada. Quando os preceitos normativos são reiteradamente descumpridos, frustradas as expectativas do legislador, não haverá de se falar em eficácia social. As indagações sociológicas correlatas à efetividade são estudadas pela Sociologia do Direito, não sendo objeto da Dogmática Jurídica. Um bom exemplo de questionamento da eficácia social ou efetividade é o art. 7º, IV da CF/88, que prevê como direito de todos os trabalhadores salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Sabemos que o salário mínimo vigente não é capaz de prover todas essas necessidades básicas, o que faz com que classifiquemos o art. 7º, IV da CF/88, como socialmente ineficaz.

Que tal estudarmos um pouquinho mais sobre a caracterização e as diferenças existentes entre a validade, a vigência e a eficácia de uma norma?

Pesquise mais

Uma leitura bastante esclarecedora sobre a classificação da eficácia das normas em técnica, jurídica e social e que o ajudará a fixar essas definições, você encontra em:

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 749-774.

É muito importante que você conheça também a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, elaborada por José Afonso da Silva (2012, p. 87-162), que entende que elas podem ter eficácia plena, contida e limitada:

Figura 2.2 – O jurista José Afonso da Silva.

Fonte: <http://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>. Acesso em: 10 ago. 2015.

- **Eficácia plena**: são normas completas e autoaplicáveis, produzindo efeitos imediatos, sem necessidade de regulamentação. Tratam-se de normas compreensíveis de pronto e que não se sujeitam a redução de seu campo de atuação. O art. 18, §1º, da CF/88, que dispõe que Brasília é a capital federal, traz uma norma constitucional de eficácia plena.

- **Eficácia contida**: são normas que também possuem aplicabilidade imediata, sem necessidade de regulamentação. No entanto, norma constitucional ou infraconstitucional poderá conter, reduzir ou restringir seu campo de atuação. Um exemplo de norma de eficácia contida (ou contível) é o art. 5º, XIII, da CF/88, que define ser livre o exercício de qualquer trabalho ou profissão, mas devem ser atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

- **Eficácia limitada**: são normas que possuem aplicabilidade mediata, porque dependem de regulamentação infraconstitucional para que produzam efeitos. Há dois tipos de normas de eficácia limitada: **(i) normas programáticas**, que se referem a programas

sociais e políticas públicas sociais. Todos os direitos sociais, previstos no art. 6º, da CF/88, e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, da CF/88, são considerados normas programáticas; **(ii) normas de princípios institutivos ou orgânicos**, que são aqueles atrelados à organização político-administrativa da República Federativa do Brasil. Um exemplo de princípio orgânico é o que dispõe o art. 125, §3º, da CF/88, que admite a criação de Tribunal de Justiça Militar por lei estadual, respeitadas as condições que ela estabelece.

Vamos pensar em outros exemplos de normas de eficácia limitada que instituem princípios orgânicos?

Exemplificando

O art. 18, §§ 2º, 3º e 4º, da CF/88, traz normas de eficácia limitada, ou seja, normas que não são autoaplicáveis, demandando regulamentação para a produção de seus regulares efeitos. Veja:

"§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem **serão reguladas em lei complementar.**

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por **lei complementar.**

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, **dentro do período determinado por Lei Complementar Federal**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei".

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado e dos traços definidores das normas de eficácia limitada, você poderá buscar outros exemplos na

CF/88. Uma dica para facilitar a sua busca é observar como a norma atribui à lei infraconstitucional a tarefa de regular o que a CF/88 dispõe. Vamos lá?

Uma questão que emerge quando se fala em necessidade de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada, para que elas produzam seus efeitos, é a **síndrome da inefetividade da norma constitucional**, ou seja, questiona-se quais são os instrumentos aptos a determinar a produção dessa norma regulamentadora, caso o legislador infraconstitucional não o faça. Existem dois instrumentos adequados para tanto: (i) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI-omissão), prevista no art. 103, §2º, da CF/88: Trata-se de controle de constitucionalidade concentrado; (ii) mandado de injunção (MI), prevista no art. 5º, LXXI, da CF/88: É forma de controle difuso de constitucionalidade e regulamentado pela Lei nº 13.300/2016.

Vamos estudar o funcionamento dessas ações detalhadamente na aula relativa aos remédios constitucionais. Aqui basta que você compreenda que existem formas de obrigar a produção da norma regulamentadora para que a norma constitucional de eficácia limitada produza seus regulares efeitos e que essas ações não são propostas contra as normas constitucionais, mas contra os poderes ou órgãos da administração pública omissos.

Outro ponto que poderá gerar bastante dúvida se refere ao **art. 5º, §1º, da CF/88**, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". A referida norma não invalida a classificação quanto à aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva (eficácia plena, contida e limitada), porque ela não se refere à aplicabilidade, mas aos efeitos dessas normas que definem direitos e garantias fundamentais. Ao falar de "aplicação imediata", o legislador constitucional se referiu à produção de efeitos jurídicos, gerados por qualquer norma incluída na CF/88, seja ela de eficácia plena, contida ou limitada. Assim, sempre que lhe for perguntado a respeito dos efeitos de uma norma que define direitos e garantias fundamentais, com base no art. 5º, §1º, da CF/88, você deverá responder que ela produz efeitos imediatos, ok?

Por fim, vamos relembrar um pouquinho a **norma exaurida e de aplicabilidade esgotada** sobre o que tratamos na seção 1.3, quando falamos das normas exauridas contidas no ADCT. Essas normas já produziram seus regulares efeitos, não possuindo mais aplicabilidade. É o que acontece, por exemplo, com o art. 3º, do ADCT, que trata da revisão constitucional que já foi realizada em 1993, e com o art. 8º, também do ADCT, que concedeu anistia até a promulgação da CF/88 aos que foram atingidos pelo regime militar, em decorrência de motivação estritamente política, aos que praticaram os considerados crimes políticos e aos militares que atuaram no regime.

Pesquise mais

Maria Helena Diniz elaborou outra classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade, dividindo-as em: (i) normas de eficácia absoluta, sendo aquelas que não podem ser contrariadas sequer por emenda constitucional, como as cláusulas pétreas; (ii) normas de eficácia plena, ou seja, aquelas prontas para produzirem seus efeitos desde a sua entrada em vigor; (iii) normas de eficácia relativa restringível, tais como aquelas classificadas por José Afonso da Silva como sendo de eficácia contida; e (iv) normas de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, ou seja, aquelas que dependem de regulamentação por norma infraconstitucional para a produção de seus regulares efeitos. Para conhecê-la com mais detalhes, sugiro a leitura do seguinte texto:

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107-121.

Nesta seção, você aprendeu um pouco mais sobre validade, vigência e eficácia das normas constitucionais, além de termos estudado a classificação da eficácia das normas, elaborada por José Afonso da Silva, um dos grandes mestres do Direito Constitucional brasileiro e agora, juntos, que tal buscarmos uma solução possível para a situação-problema desta Seção?

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a resposta para a situação-problema apresentada nesta seção?

Para tanto, devemos retomar o problema proposto no início desta unidade. Você, renomado jurista, com base no estudo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, diferenciando-as da validade e da vigência, considera a aplicabilidade da norma contida no art. 1º, *caput*, da CF/88, mediata ou imediata? Essa norma demanda regulamentação?

Para responder a essa questão, você deverá considerar o conceito de validade, vigência e eficácia, bem como a classificação da norma quanto à aplicabilidade.

Atenção

Aqui é muito importante relembrar que a validade estabelece uma relação de pertencimento da norma ao sistema jurídico, que a vigência se refere à aptidão da norma para a produção de seus regulares efeitos e que a eficácia da norma deve ser analisada sob os aspectos técnico, jurídico e social.

Além disso, lembre-se da classificação da aplicabilidade das normas constitucionais, elaborada por José Afonso da Silva, que afirma que elas possuem eficácia plena, contida e limitada.

Poderíamos pensar que a norma contida no art. 1º, da CF/88, que define ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, uma norma válida? E quanto à vigência dessa norma? O que podemos falar sobre a eficácia?

Além desses questionamentos, devemos, ainda, pensar na classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva. O art. 1º, da CF/88, teria eficácia plena, contida ou limitada? Ele demanda regulamentação para produzir seus regulares efeitos? Norma infraconstitucional poderá restringir ou reduzir seu campo de atuação?

Lembre-se

A classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais, quanto a sua aplicabilidade, nos revela três tipos de normas: (i) as

de eficácia plena, que possuem aplicação e efeitos imediatos; (ii) as de eficácia contida, que possuem aplicação imediata e efeitos mediatos, podendo ter seu campo de atuação restringido por norma infraconstitucional; e (iii) as de eficácia limitada, que possuem aplicação mediatas e somente efeitos jurídicos, por depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

E você? Como avalia a questão relativa ao art. 1º, da CF/88? Ele possui validade? Vigência? E eficácia? E quanto à aplicação, como ele se classifica?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Como classificar o art. 134, §1º, da CF/88, quanto a sua aplicabilidade	
1. Competência de fundamento de área	Compreender a classificação das normas constitucionais, elaborada por José Afonso da Silva, quanto à aplicabilidade.
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender os reflexos dessa classificação quanto à aplicação da norma constitucional e os efeitos por ela gerados, além da necessidade de regulamentação ou da possibilidade de restrição de seu campo de atuação.
3. Conteúdos relacionados	• Normas constitucionais de eficácia plena, contida ou limitada; • Aplicação e efeitos das normas de eficácia plena, contida e limitada; • Necessidade de regulamentação das normas constitucionais por normas infraconstitucionais; • Possibilidade de restrição do campo de atuação das normas constitucionais.

4. Descrição da SP	O art. 134, da CF/88, dispõe sobre a "Defensoria Pública que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal". Além disso, o §1º, do referido artigo, estabelece que "Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais". Diante disso, como você avalia a classificação da norma constitucional, quanto a sua aplicação? Seu âmbito de atuação pode ser restringido por norma infraconstitucional que cria outras condições para ingresso na carreira da Defensoria Pública, além do concurso público de provas e títulos? Ela demanda regulamentação para produzir seus regulares efeitos?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos retornar à classificação das normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva. Essa norma produz efeitos de imediato ou ela demanda regulamentação para que isso aconteça? É possível que a norma infraconstitucional reduza seu âmbito de atuação?

Lembre-se

Para solucionar a questão, será necessário que você se lembre de que as normas constitucionais foram classificadas por José Afonso da Silva quanto a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada. Essa classificação aponta para a prerrogativa dessa norma produzir regulares efeitos após a sua edição. Diante disso, você entende que essa norma possui efeitos imediatos ou se faz necessária regulamentação infraconstitucional para tanto? Além disso, como você avalia a possibilidade de restrição do seu âmbito de atuação?

Faça você mesmo

A partir do que estudamos nesta seção, você está habilitado a responder outras questões que levem em consideração a análise da validade, da vigência e da eficácia da norma constitucional, bem como da classificação quanto a sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva. Convido-o a continuar pensando na norma do art. 134, §1º, da CF/88 e a responder as seguintes questões: (i) caso você

considere se tratar de norma de eficácia limitada e considerando que a norma regulamentadora ainda não foi produzida, como as pessoas que dependem da Defensoria Pública para a promoção da sua defesa em juízo poderiam agir? Há remédios constitucionais capazes de determinar a produção de norma regulamentadora? (ii) em relação ao art. 5º, §1º, da CF/88, que tipo de efeitos produz o art. 134, §1º, da CF/88?

Faça valer a pena

1. Considere as assertivas abaixo, julgando-as como corretas ou incorretas.
I. O art. 5º, §1º, da CF/88, afirma que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Por isso, ninguém poderá ser privado do exercício de qualquer direito ou garantia fundamental sob o argumento de que o referido direito ou garantia está contido em norma programática ainda pendente de regulamentação.
II. Os fundamentos da República Federativa do Brasil, tais como soberania, cidadania, pluralidade política, possuem eficácia plena.
III. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são valores, objetivando o bem-estar social, constituindo, por conseguinte, normas de natureza programática que devem ser observadas pelos governos para elaborar e executar as políticas públicas.
É correto o que se afirma em:

(a) I, apenas.
(b) III, apenas.
(c) I e II, apenas.
(d) II e III, apenas.
(e) I, II e III.

2. ENADE 2012 (Adaptada):

HALVERSON, B. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/enade/provas/2012/07_DIREITO.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2012.

Considerando as definições de validade, vigência e eficácia da norma, pode-se apontar que:

(a) a afirmação acerca da necessidade de um novo pai se relaciona à validade da "Constituição do pai e da mãe de Calvin".
(b) a resposta do pai de Calvin, que nega o término de seu mandato, se refere à vigência da norma constitucional.
(c) a afirmação do pai de Calvin sobre a impossibilidade de recontagem de votos evoca um problema de eficácia jurídica da norma constitucional.
(d) a pergunta feita por Calvin sobre a autoria da "Constituição do pai e da mãe de Calvin" levanta questões acerca da eficácia social da norma constitucional.
(e) a informação de que a mãe de Calvin teria participado na redação da "Constituição do pai e da mãe de Calvin" evoca questão acerca da vigência da norma constitucional.

3. Parte dos cidadãos brasileiros, desde a reeleição da Presidente Dilma Rousseff, se organizaram e promoveram manifestações contra a corrupção e contra as medidas adotadas pelo governo. Os movimentos sociais e os cidadãos que apoiavam o governo da Presidente também se manifestaram, posicionando-se contrariamente ao grupo anterior. Essas manifestações, a despeito do posicionamento adotado, são legítimas e constitucionalmente asseguradas no art. 5º, XVI, da CF/88, que dispõe que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente". Diante disso, avalie as assertivas abaixo e, na sequência, assinale a alternativa correta.
I. A norma contida no art. 5º, XVI, da CF/88, é de eficácia limitada, porque ela demanda regulamentação para gerar seus regulares efeitos, tendo aplicabilidade apenas indireta.
II. A norma contida no art. 5º, XVI, da CF/88, é de eficácia plena, porque produzem efeitos imediatos, mesmo sem regulamentação, o que é corroborado pelo disposto no art. 5º, §1º, da CF/88, que determina que todas as normas constitucionais, que traduzem direitos e garantias fundamentais, possuem aplicabilidade imediata.
III. A norma contida no art. 5º, XVI, da CF/88, é de eficácia contida, por ter aplicabilidade imediata, independendo de regulamentação infraconstitucional, mas que poderá sofrer reduções ou restrições em seu campo de atuação, o que define, por conseguinte, a produção de efeitos mediatos.

IV. Nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88, a aludida norma possui efeitos jurídicos, ou seja, assim como todas as normas constitucionais, definidoras de direitos e garantias fundamentais, ela possui aplicabilidade imediata.

(a) Somente I está correta.
(b) Somente III está correta.
(c) Somente I e IV estão corretas.
(d) Somente II e IV estão corretas.
(e) Somente III e IV estão corretas.

Seção 2.2

Estado e Federação

Diálogo aberto

Vamos, nessa seção, continuar aprendendo sobre a forma federativa de Estado expressa no preâmbulo da Constituição da República e ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Relembrando o problema, destacamos na seção anterior que existem normas cuja eficácia e cuja aplicação geram efeitos distintos. Umas podem ser aplicadas de pronto; outras, exigem regulamentação. Por exemplo, a regulamentação da Emenda Constitucional n° 72/13, que ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos, incluindo nesse rol, por exemplo, a necessidade de recolhimento de FGTS, o que só passou a ser feito pelos empregadores a partir de outubro de 2015, após a sua regulamentação.

Na seção 2.1, fizemos o estudo da eficácia, da validade e da vigência das normas constitucionais, além de analisarmos a classificação das normas constitucionais, proposta por José Afonso da Silva, como normas de eficácia plena, contida e limitada. A partir desse estudo, enfrentamos a questão relativa à aplicabilidade do art. 1º, caput, da CF/88.

Agora, na seção 2.2, analisaremos, em relação ao Estado Unitário e à Federação, o histórico, os tipos e as características dessas formas de Estado. Buscaremos aqui argumentos para responder à seguinte situação-problema: a partir da compreensão das diferenças entre a forma de Estado federal e unitário, como você, enquanto consultor, analisa a possibilidade de alteração da forma de Estado, insculpida no art. 1° e no preâmbulo, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional? É possível fazer essa alteração ou não?

Para tanto, deveremos: (i) compreender como se caracterizam as formas de Estado federal e unitário; (ii) entender quais são as subespécies ou tipos de Estado federal; e (iii) analisar as suas características.

A análise da questão apontada demanda o conhecimento especialmente das características da forma de Estado federal para que, o diferenciando do Estado unitário, possamos verificar a possibilidade de Emenda Constitucional, alterá-la no Brasil, fruto do poderconstituinte derivado reformador.

E, então? Vamos começar?

Não pode faltar

Para resolvermos o desafio proposto nesta seção, vamos à teoria que nos ajudará a fundamentar a resposta que daremos e ela. Vamos começar?

Inicialmente vamos analisar o conceito e os elementos do Estado, que pode ser definido como sendo, segundo a doutrina tradicional, conforme exposto por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 77) a associação humana (povo), em uma base territorial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) e que não se sujeita a qualquer outra (soberania).

Kelsen (2009, p. 316-321), por sua vez, entende que, para ser Estado, a ordem jurídica demanda organização no sentido estrito do termo, com o mínimo de centralização, que é o que o distingue da ordem primitiva pré-estadual e da internacional. A partir disso, o autor entende ser possível caracterizar juridicamente os seguintes elementos: população, território e poder, exercido por um governo independente. Vamos analisar cada um deles?

- **População**: é composta pelos indivíduos que formam o Estado. Conjuntamente eles se submetem a uma determinada ordem coercitiva relativamente centralizada. Segundo Kelsen (2009, p. 319), "a população do Estado é o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estadual".

Assimile

Na análise desse elemento do Estado, conforme a teoria kelseniana, convém diferenciá-lo da noção de povo e de nação:

• População: conjunto de pessoas que vivem em determinado Estado e que se submetem a uma ordem coercitiva relativamente centralizada, constituindo o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica.

• Povo: refere-se ao conjunto de pessoas que vivem em determinado território apenas sob a concepção jurídica, ainda que possuam aspirações diferentes.

• Nação: pessoas que habitam determinado território, compartilhando o sentimento de patriotismo, de pertencimento, em virtude da identidade sociocultural que compartilham, passado comum e traços distintivos de outras nações.

• **Território**: trata-se de um espaço rigorosamente delimitado, incluindo o subsolo e o espaço aéreo dentro de suas fronteiras. Kelsen (2009, p. 319) o define como "o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica pessoal.

• **Poder**: é exercido por um governo sobre a população que reside no território do Estado. O que distingue o elemento poder do Estado de outras relações de poder é a circunstância de ele ser juridicamente regulado. Assim, aquele que detém o poder possui competência para exercê-lo, por meio da criação e aplicação da lei, o que confere ao poder do Estado caráter normativo. Segundo Kelsen (2009, p. 321), "o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica".

A partir da análise de seus elementos, Kelsen (2009, p. 321) conclui que o Estado, que tem como elementos essenciais a população, o território e o poder, é definido como uma "ordem jurídica, relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata em relação ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz".

Esse estudo pode ser aprofundado por você a partir de leituras complementares. Vamos a uma indicação?

Pesquise mais

O texto a seguir é a fonte de onde foram extraídas as definições de população, território e poder, em que o autor os correlaciona e traz alguns exemplos muito interessantes:

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 315-353.

A partir disso, temos ainda que analisar outros dois conceitos imprescindíveis para que possamos avançar: soberania, centralização e descentralização:

• **Soberania**: de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 78), somente poderá ser considerado Estado se o poder que o dirigir for soberano. Assim, ao falar em Estado, referimo-nos a uma ordem estatal que não esteja submetida a outra ordem da mesma espécie. Essa ausência de subordinação é o que se entende por soberania. O autor (2015, p. 79) afirma ter o Estado surgido no momento em que os monarcas, especialmente os franceses, se afirmaram detentores do poder, recusando a sujeição ao Papado ou ao Império. Além disso, vamos traçar a diferença entre soberania e autonomia: a primeira se refere ao caráter supremo do poder; já a segunda se refere ao poder de autodeterminação, que é exercido de modo independente, mas dentro dos limites estipulados pela lei superior. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2015, p. 814), a soberania no federalismo é atributo do Estado federal como um todo. Os Estados-membros possuem autonomia, que importa necessariamente em descentralização do poder, sendo não apenas administrativa, mas também política.

• **Centralização** e descentralização: conforme anteriormente citado, para se ter um Estado, é necessário um grau mínimo de centralização, o que, por outro lado, demonstra que um grau mínimo de descentralização também é necessário. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 81), a descentralização é um instrumento de eficiência do governo e uma forma de limitação do poder.

Segundo Darcy Azambuja (2008, p. 133-135), os Estados se formam basicamente de três modos: (i) Originário, em que a formação é

inteiramente nova e parte da população; (ii) Secundário, quando vários Estados pré-existentes se unem para formar um novo Estado ou quando um Estado se cinde para a formação de outro; (iii) Derivados, quando a formação se baseia na influência externa de outros Estados.

No primeiro caso, uma população se reuniria sobre um território não pertencente a nenhum Estado, o que hoje é praticamente impossível, pois o globo é mapeado e totalmente dividido. Todavia, foi por esse modo originário que historicamente vários Estados se formaram, como ocorreu com os povos bárbaros europeus, que não ocupavam qualquer parcela dos territórios do Império Romano.

No modo secundário, há basicamente dois modos de formação de Estados ali agrupados: por cisão e por fusão. No primeiro deles, ocorre a fusão de vários Estados para a constituição de um novo, como ocorreu com a União Soviética. No último, um bom exemplo foi a cisão sofrida pelo Império Austro-húngaro, após a Primeira Guerra Mundial, para a formação da Áustria, da Hungria e da Sérvia.

Entre os modos derivados de formação do Estado, destaca-se a colonização, como ocorreu com as 13 colônias americanas, além do Brasil e de toda a América Latina, que se formaram a partir da colonização inglesa, portuguesa e espanhola. A partir da independência dos Estados colonizadores, surgiram novos Estados.

Ultrapassadas essas considerações iniciais, verificamos a existência de duas formas de Estado: o Estado unitário e o Estado Federal. Vamos à análise de cada um deles?

• **Estado unitário**: José Afonso da Silva (2015, p. 101) afirma que o Estado unitário, como França, Chile, Uruguai e Paraguai, possui um centro de poder que se estende pelo território e pela população, controlando as coletividades regionais e locais. Conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 81-82), a descentralização nele existente, seja ela administrativa, legislativa ou política, depende do Poder Central, que poderá suprimi-la, ampliá-la ou restringi-la. Vale lembrar que todo Estado possui um mínimo de descentralização. Assim, não basta que ela exista para que se diga que um Estado unitário é descentralizado. Para tanto, faz-se necessário que haja descentralização político-administrativa, como ocorreu no Brasil no Império, gerando uma forma de autarquia territorial, mas não uma autonomia legislativa

e judiciária. Além disso, há Estados unitários constitucionalmente descentralizados, também chamados de Estados regionais, quando a própria Constituição prevê essa descentralização política e legislativa das regiões, nos limites constitucionalmente previstos, como ocorre com a Itália. Nesses casos, somente o poder constituinte poderá suprimir, alterar ou restringir as regiões previstas na Constituição, expressão da descentralização do Estado unitário. Há, por fim, o Estado autonômico, em que há a descentralização administrativa e legislativa, que parte não de cima para baixo, como no Estado regional, mas das províncias que elaboram seus estatutos e os enviam para o Poder Central aprová-lo, passando, a partir de então, a ser aplicado em seu território, ganhando o *status* de comunidades autônomas, como ocorre na Espanha.

• **Estado federal**: José Afonso da Silva (2015, p. 100-101) afirma que no Estado federal o poder se reparte, se divide no espaço territorial, gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente. São exemplos de Estados federais: Estados Unidos da América (EUA), Canadá, Rússia, Brasil, Índia, Alemanha etc. O que diferencia o Estado federal do Estado unitário constitucionalmente descentralizado é o fato de, no primeiro, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 82-85): (i) a estrutura federativa ser posta na Constituição como sendo imutável, como ocorre na CF/88, conforme art. 60, §4°, I; (ii) os Estados-membros participam no poder central por meio do Senado que os representa; e (iii) a reconhecida auto-organização desses Estados-membros, ante a existência de um poder constituinte próprio.

A partir do estudo dessas características que diferenciam o Estado unitário descentralizado constitucionalmente do Estado federal, vamos pensar um pouquinho juntos:

Reflita

Considerando os critérios da imutabilidade constitucional da federação, participação dos Estados-membros no poder central, por meio do Senado e auto-organização, por um poder constituinte próprio, qual deles melhor define a autonomia desses Estados-membros?

Para responder a essa questão, vamos retomar a diferenciação de autonomia e descentralização posta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 79), que a relaciona com o poder de autodeterminação,

exercido de modo independente, mas submetido à lei superior, ou seja, a Constituição. A partir disso, quais desses critérios melhor exprimem a autonomia dos Estados-membros?

E aí? Como você se posiciona a respeito?

Após uma breve reflexão, vamos ao próximo ponto desta seção. Vamos retomar o contexto histórico em que o federalismo surgiu nos EUA, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2015, p. 813). Havia a necessidade de um governo eficiente em um território imenso e que assegurasse, simultaneamente, os ideais republicanos que emergiram com a Revolução de 1776. Assim, para garantir a independência das ex-colônias britânicas, recém-conquistada, foi firmado um tratado internacional, criando uma confederação, que tinha basicamente o objetivo de preservar a soberania de cada uma das ex-colônias.

Essa soberania enfraquecia a confederação, uma vez que nem todas as deliberações dos Estados Unidos no Congresso eram acatadas, configurando-se como simples recomendações, e havia dificuldade para a obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não legislava para os cidadãos, mas somente para os Estados, não podendo criar tributos para financiar essas atividades. Também não havia um tribunal que uniformizasse a jurisprudência e dirimisse os conflitos existentes entre os Estados-membros.

Diante desses problemas e verificado que a fórmula da confederação, composta por tratado e constituindo pessoa jurídica de direito internacional, não atendeu aos anseios de eficiência do governo em um território tão vasto, cuja independência tinha sido recém-conquistada, essa união entre Estados foi aprimorada e, em 1787, ganhou a forma de federação. As antigas ex-colônias britânicas, que deram origem aos Estados, perderam a sua soberania, mas conservaram a sua autonomia, concedendo à União poderes suficientes para exercer as atividades necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos. A partir de então, eles passaram, por outro lado, a compor a vontade da União, por meio de representantes no Senado.

Vamos agora, com base nesse histórico, analisar as características do Estado federal, que, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco

(MENDES; BRANCO, 2015, p. 818), expressa a forma de ser do Estado, em que se verifica uma organização descentralizada administrativa e politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e o dos Estados-membros, prevista na Constituição, em que eles participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. Além disso, o Estado federal dispõe de uma Suprema Corte, com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, para assegurar a unidade física e a identidade jurídica da federação.

Vamos listar as características postas nessa definição pelo autor (2015, p. 814-817)?

1. Autonomia política dos Estados-membros, que possuem a capacidade de autoconstituição, ou seja, podem adotar uma Constituição por eles mesmos concebida, embora sujeita às limitações impostas pela Constituição Federal, visto que eles não possuem soberania.

2. Existência de uma Constituição Federal, que atua como fundamento de validade das ordens jurídicas estabelecidas nos Estados-membros e também das normas infraconstitucionais editadas pela União. Além disso, a Constituição Federal deve ser rígida e a forma federativa de Estado, cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a federação em Estado unitário.

3. Repartição de competências constitucionalmente previstas, instrumento concebido para favorecer a eficácia na ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. Ele consiste na atribuição, pela Constituição, de matérias próprias a União e aos Estados-membros. Além disso, a Constituição deve prever fórmulas de repartição de receitas auferidas pela União, para assegurar a autonomia dos Estados-membros, habilitando-os a realizarem as suas competências. Vale dizer que o modo como as competências são repartidas indica o tipo de Estado federal adotado em cada país, a partir de sua formação. A concentração de competências em um ente central implica na adoção de um modelo centralizador, também chamado de centrípeto, em que o Estado federal foi formado por agregação de outros Estados pré-existentes, como no caso dos EUA. Já uma distribuição mais ampla de poderes para os Estados-membros

aponta para a adoção de um modelo descentralizador, também chamado centrífugo, com a criação dos Estados-membros feita por segregação de um Estado unitário pré-existente, como no caso do Brasil. Outra forma de distribuição de competências entre União e Estados-federados é a que se classifica em vertical e horizontal. Nesta, não se admite concorrência de competências entre os entes federados; já na vertical, a distribuição de matérias é feita da mesma forma entre União e Estados-membros.

Assimile

Vamos esquematizar a repartição de competências horizontal e vertical para que você não corra o risco de confundi-las:

• **Repartição horizontal**: pode aparecer com: (i) a enumeração exaustiva de competências de cada ente federado na Constituição, competindo à União as matérias de interesse geral, previstas nos arts. 21 e 22, da CF/88, aos Estados, as matérias de interesse regional, previstas no art. 25, da CF/88, aos Municípios, as matérias de interesse local, previstas no art. 30, da CF/88, e ao Distrito Federal, as matérias concernentes aos interesses regionais e locais, conforme art. 32, §1º, da CF/88; (ii) a discriminação das matérias de competência da União, deixando todo o restante para os Estados-membros, nos termos do art. 25, §1º, da CF/88; (iii) a discriminação das competências da União e dos Estados-membros, deixando o que restar para o Município, nos termos do art. 30, II, da CF/88;

• **Repartição vertical:** tendo a competência para legislar sobre as mesmas matérias, à União compete editar as normas gerais e princípios de determinados institutos e, aos Estados-membros, aperfeiçoar a legislação, de acordo com as peculiaridades locais, conforme disposto no art. 24, da CF/88.

4. **Participação dos Estados-membros na vontade federal**, por meio do Senado, em que a eleição do mesmo número de representantes por Estado-membro revela a igualdade jurídica entre os Estados.

5. **Inexistência do direito de secessão**:

Vocabulário

Talvez você fique se perguntando: O que é secessão? Trata-se de termo que não utilizamos com tanta frequência e compreender a sua

significação é fundamental para que possamos entender o direito de secessão.

Secessão é separar o que estava unido; é cindir, dividir.

Assim, a inexistência do direito de secessão se refere a impossibilidade de os Estados-membros se dividirem, se separarem da federação, se declararem independentes, desligando-se da União.

Exemplificando

A CF/88 aponta para a impossibilidade de se dissolver a federação, apontando para a inexistência do direito de secessão, por exemplo, em seu art. 1º, ao dispor: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado, que tal buscarmos outros dispositivos da CF/88, que indicam a impossibilidade de secessão, ou seja, que apontam para a indissolubilidade da federação brasileira?

6. O papel da Suprema Corte e a intervenção federal é eminentemente a composição dos conflitos entre os Estados-membro e a União, em face da inexistência do direito de secessão, para a manutenção da paz e a integridade do Estado federal. Caso essa corte, cuja competência para compor esses conflitos deve estar constitucionalmente prevista, não consiga dar-lhe solução satisfatória ou não sendo o conflito apenas de ordem jurídica, o Estado federal dispõe da intervenção federal, com o intuito de evitar a secessão e proteger a autoridade da Constituição.

Nas próximas seções, veremos com mais detalhes como a nossa Suprema Corte, que é o STF, atua e como funciona a intervenção federal. Agora, com base em tudo que estudamos nesta seção, vamos buscar a resposta para a situação-problema proposta?

Sem medo de errar

Para solucionarmos a situação-problema posta nesta seção, devemos retomar a situação geradora de aprendizado proposta no início dessa unidade de ensino: o legislador constitucional adotou a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Nesta seção, estudamos os elementos do Estado: população, território e poder; e as formas de Estado, quais sejam, unitário e federal, bem como as suas características, e agora vamos responder a seguinte questão: A partir da compreensão das diferenças entre a forma de Estado federal e unitário, como você, renomado consultor, analisa a possibilidade de alteração da forma de Estado, insculpida no art. 1° e no preâmbulo, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional? É possível fazer essa alteração ou não?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar as características do Estado Federal, especialmente a existência de uma Constituição Federal, bem como a sua classificação quanto à mutabilidade ou alterabilidade em rígida, semirrígida, flexível ou superrígida, e como funcionam as cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, da CF/88.

Diante de tudo que estudamos nesta seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera haver a possibilidade de alterar a forma de Estado, prevista no art. 1º, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional? Para tanto, avalie as características do Estado federal e se a federação deve ser entendida como núcleo imutável da CF/88.

Lembre-se

Lembre-se de que o Estado federal se caracteriza por: (i) autonomia dos Estados-membros, que não se confunde com soberania; (ii) existência de uma Constituição Federal; (iii) repartição de competências constitucionalmente previstas, bem como das receitas auferidas; (iv) participação dos Estados-membros na vontade federal; (v) inexistência do direito de secessão; (vi) o papel da Suprema corte e a intervenção federal, como meios de se assegurar a existência da federação.

E aí? Como você avalia a questão relativa à escolha pelo constituinte da forma de Estado federal? Ela pode ser alterada por Emenda Constitucional? Ou o art. 1º, da CF/88, faz parte de um núcleo imutável existente na CF/88?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que você pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
Análise das características do Estado federal, aplicadas à federação brasileira	
1. Competências técnicas	Compreender como se caracteriza o Estado federal, como ele se difere do Estado unitário, e como essas características se aplicam à federação brasileira.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente as características do Estado federal.
3. Conteúdos relacionados	• Definição de Estado federal e unitário • Características do Estado unitário • Características do Estado federal contidas na CF/88
4. Descrição da SP	A CF/88 estabeleceu que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, constituindo, assim, um Estado Democrático de Direito. A partir disso, verifica-se a eleição da forma de Estado federal, sendo a federação um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil. Quais são as características do Estado federal estudadas que estão presentes na CF/88? Além disso, quais são as características do Estado unitário que não estão presentes na CF/88, motivo pelo qual ela não se enquadra como tal?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos retomar a definição de Estado unitário e de Estado federal. A CF/88 aponta para um centro de poder que se estende pelo território e pela população, controlando as coletividades regionais e locais? Ou ela se identifica com a repartição de poder no espaço territorial, gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente?

Lembre-se

Para solucionar a questão, você deverá se lembrar das características da forma de Estado federal e tentar identificá-las no texto constitucional. É possível identificar artigos que remetam à autonomia dos Estados-membros? As competências são constitucionalmente repartidas entre os entes federados? E o produto da arrecadação dos tributos e a receita originária, fruto da atuação direta do Estado na economia? São repartidos? Temos um Senado Federal que indique a participação dos Estados-membros na vontade federal? Consagramos na CF/88 o direito de secessão? Temos uma Suprema Corte que atue nos conflitos envolvendo os Estados-membros e a União? Consagramos a intervenção federal?

Faça você mesmo

A partir do que estudamos nesta seção, você está habilitado a responder diversas questões que levam em consideração as características do Estado federal e do Estado unitário. Vamos então pensar no caso da Rússia. Trata-se de um país que apresenta um vasto território e que se tornou independente apenas após o fim da União Soviética. Ela já detinha 60% do PIB da União Soviética e mais da metade da população. Tendo em vista a extensão territorial e a necessidade de resguardar a defesa de sua soberania, o poder foi descentralizado com a criação de 83 partes autônomas, que recebem diversas denominações. Diante dessas informações, que forma de Estado você atribui à Rússia? Federal ou unitária?

Faça valer a pena

1. Hong Kong constitui uma Região Administrativa Especial (RAE), regida por sua Lei Fundamental. A RAE foi constituída como tal, sem a prática do sistema socialista em seu território, a partir de 1º de julho de 1997, quando a China passou a exercer soberania sobre a região, por força da Declaração Conjunta Sino-britânica, firmada com o Reino Unido.
Com base nessas informações, avalie as assertivas a seguir:

I. Se considerado que a Lei Fundamental de Hong Kong é puramente uma lei doméstica, cuja autoridade deriva da Constituição da República Popular da China, a RAE deveria ser considerada uma província, sendo a China um

Estado unitário.
II. Se considerado que a Lei Fundamental de Hong Kong possui como fundamento de validade a Declaração Conjunta Sino-britânica, ela possuiria o status de Constituição, conferindo à China a forma de Estado híbrida, uma vez que, em relação a Hong Kong, deveria ser considerada uma federação, mantendo-se como Estado unitário, em relação às suas províncias.
III. Considerando ser Hong Kong um ente federado, a RAE possuiria autonomia, o que não descaracteriza a soberania chinesa sobre todo o seu território.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

(a) As asserções I, II e III são proposições verdadeiras.
(b) As asserções I e II são proposições verdadeiras.
(c) As asserções I e III são proposições verdadeiras.
(d) Somente a asserção III é uma proposição verdadeira.
(e) Todas as asserções são falsas.

2. Entre 1998 e 1999, o Reino Unido devolveu parcela do poder central às assembleias e parlamentos criados na Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte. Considerando essa transferência de parcela do poder central, pode-se caracterizar a forma de Estado do Reino Unido como:

(a) Estado federal, em que Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte são Estados-membros dotados de autonomia política, financeira e administrativa.
(b) Estado federal, em que Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte são Estados-membros dotados de soberania.
(c) Estado unitário, em que a transferência de parcela do poder central para Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte caracteriza a descentralização.
(d) Estado unitário, em que a transferência de parcela do poder central para Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte caracteriza a autonomia desses países.
(e) Estado unitário, em que a transferência de parcela do poder central para Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte caracteriza a soberania desses países.

3. O parágrafo único, do art. 1º, da CF/88, determina que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". O citado dispositivo se refere ao seguinte elemento do Estado elencado por Hans Kelsen:

(a) Povo.
(b) Território.
(c) Soberania.
(d) Poder.
(e) Centralização.

Seção 2.3

Federação na CF/88

Diálogo aberto

Vamos a mais uma seção do nosso estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional. Estamos estudando a unidade "Eficácia, aplicabilidade e organização do Estado" e nesta seção 2.3 vamos novamente retomar a situação geradora de aprendizado: o legislador constitucional adotou a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo, no art. 1º e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Relembrando o problema, destacamos que existem normas cuja eficácia e a aplicabilidade geram efeitos distintos. Umas podem ser aplicadas de pronto; outras, exigem regulamentação. A regulamentação da Emenda Constitucional n° 72/13, que ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos, incluindo nesse rol, por exemplo, a necessidade de recolhimento de FGTS, o que só passou a ser feito pelos empregadores a partir de outubro de 2015, após a sua regulamentação.

Na seção 2.1 fizemos o estudo da eficácia da validade e da vigência das normas constitucionais, além de analisarmos a sua classificação, proposta por José Afonso da Silva, como normas de eficácia plena, contida e limitada. A partir desse estudo, enfretamentos a Situação Problema relativa à aplicabilidade do art. 1º, caput, da CF/88.

Na seção 2.2, analisamos, em relação ao Estado Unitário e à Federação, o histórico, os tipos e as características dessas formas de Estado e respondemos a situação-problema atinente à possibilidade de alteração da forma federativa de Estado, prevista no art. 1º, *caput*, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional.

Agora, na seção 2.3, estudaremos propriamente as características da federação brasileira, seus fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além do modelo de repartição de competências adotado na CF/88. A partir desse estudo, responderemos à seguinte situação-problema: o art. 1º, *caput*, da CF/88, consagra os Municípios como membros daquela união indissolúvel, que constitui a República Federativa do Brasil. Você, foi consultado para emitir parecer sobre se a inclusão dos Municípios entre os entes federados, constantes no art. 1º, da CF/88, diferentemente do que ocorre em outros Estados federais, altera a eficácia da norma, ou seja, se há a necessidade de regulamentação por lei infraconstitucional, que preveja claramente o papel dos Municípios na federação brasileira.

Para tanto, deveremos: (i) compreender as características da federação brasileira; (ii) entender os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; e (iii) analisar o modelo de repartição de competências adotado na CF/88.

E, então? Vamos começar?

Não pode faltar

Para respondermos a situação-problema proposta para esta seção, vamos começar com um pouquinho de teoria, imprescindível para fundamentarmos a solução que daremos a ela.

Historicamente, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 86-87), o ideal federativo sempre foi um anseio, antecedendo a própria independência. No entanto, conquistada a independência e editada a nossa primeira Constituição em 1824, o Brasil adotou a forma de Estado unitário e descentralizado. Somente com a proclamação da República e com a promulgação da Constituição de 1891, adotou-se a federação num modelo dualista, mal adaptado à imensidão do território brasileiro e diversidade entre as regiões. Com a Constituição de 1930, após diversas manifestações reivindicatórias dos Estados, instituiu-se o chamado federalismo cooperativo, passando a União a tratar do interesse geral, amesquinhando-se o papel dos Estados, o que foi acentuado com o Estado Novo e a Constituição de 1937. Na Constituição de 1946, essa tendência à centralização se manteve,

diante das preocupações desenvolvimentistas, com as tentativas de planejamento, de redução das desigualdades regionais e de grandes investimentos estatais, especialmente na indústria de base. Com a Revolução de 1964 e a Constituição de 1967, essa tendência foi acentuada, instaurando-se o federalismo de integração. Somente em 1988, buscando um reequilíbrio federativo, a Constituição conferiu maior autonomia aos Estados-membros, restabelecendo o federalismo cooperativo e abandonando o federalismo de integração.

Assimile

Vamos assimilar as características do federalismo de integração e do federalismo cooperativo, diferenciando-os:

- **Federalismo de integração**: a União possui superioridade hierárquica em relação aos Estados-membros.

- **Federalismo dual**: a repartição de competências entre os entes federados é rígida.

- **Federalismo cooperativo**: caracteriza-se por uma repartição de competências entre os entes federados que não é rígida, havendo maior proximidade e colaboração entre os entes federados. Além do que, nesse modelo, a União não possui superioridade em relação aos demais entes federados, que são marcados pela autonomia. A adoção do federalismo cooperativo pela CF/88 pode ser exemplificada pela previsão das competências concorrentes, no art. 24, em que a União deverá editar normas gerais sobre as matérias ali previstas e os Estados, normas específicas e das competências comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no art. 23.

O art. 1º, *caput*, da CF/88, afirma ser a "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", constituindo-se em Estado Democrático de Direito. Esse artigo já foi nosso objeto de estudo em outras seções. Aqui, vamos tomá-lo como ponto de partida para a análise da federação brasileira, buscando, especialmente, as suas peculiaridades.

Vamos começar caracterizando os entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2015, p. 818-836):

Figura 2.3 – Pacto Federativo no Brasil

Fonte: <http://cidinhosantos.com.br/wp-content/uploads/2012/11/PF1.jpg>. Acesso em: 16 dez. 2015.

1. União: é o resultado da união dos Estados e do Distrito Federal, constituindo aliança indissolúvel desses entes. Nela há o exercício dos três poderes: (i) Executivo, cuja autoridade máxima é o Presidente da República; (ii) Legislativo, sediado no Congresso Nacional, composto por duas casas, quais sejam, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal; e (iii) Judiciário. Ela pode editar leis federais, adstritas a sua competência para legislar, ou leis nacionais, que vinculam os outros entes federados, limitando a competência deles. A União possui bens próprios, conforme previsto no art. 20, da CF/88, destacando-se, entre eles, o mar territorial, os recursos minerais e o subsolo e as terras indígenas. Objetivando o desenvolvimento socioeconômico e combater às desigualdades regionais, ela pode, nos termos do art. 43, da CF/88, criar regiões, como as Regiões Integradas de Desenvolvimento Juazeiro-Petrolina, Grande Teresina-Timon e Entorno do DF.

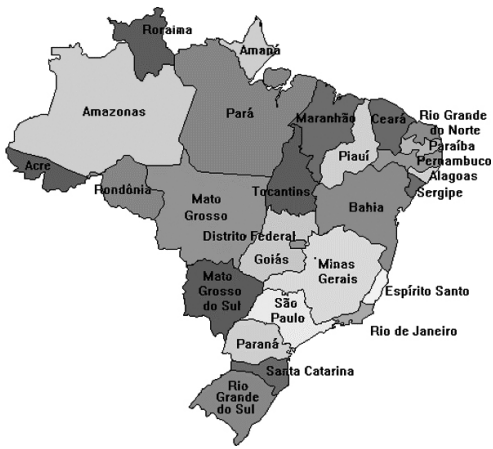
Figura 2.4 – Federalismo cooperativo no Brasil

Fonte: <http://www.bsbcapital.com.br/wp-content/uploads/2014/01/CP.jpg>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 88) afirma que a auto-organização dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios se submete aos limites impostos na CF/88, competindo e eles observar especialmente, conforme previsto no art. 34, VII: (i) a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; (ii) os direitos da pessoa humana; (iii) autonomia municipal; (iv) prestação de contas da administração pública direta e indireta; (v) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

2. **Estados-membros**: possuem bens e governo próprios, desempenhando funções correlatas aos três poderes: (i) Executivo, cuja autoridade máxima é o governador; (ii) Legislativo, sediado na Assembleia Legislativa; e (iii) Judiciário. Os bens dos Estados estão elencados no art. 26, da CF/88, entre eles, as terras devolutas que não sejam da União. Os Estados podem incorporar uns aos outros ou dividirem-se para formar novos Estados ou Territórios Federais, mediante a aprovação do Congresso Nacional e por meio de lei complementar, que é uma espécie legislativa, cuja aprovação demanda maioria absoluta dos membros do Congresso, enquanto que a lei ordinária demanda apenas maioria simples.

Figura 2.5 – Os Estados da República Federativa do Brasil.



Fonte: <http://esquentabrasil.blogspot.com.br/p/historia_20.html>. Acesso em: 16 nov. 2015

Assimile

Os Estados-membros possuem poder constituinte derivado decorrente, nos termos do art. 25, da CF/88, e art. 11, do ADCT, e, conforme estudamos na seção 1.3, ele decorre da opção pela forma de Estado federal. Ele possui limitações materiais e formais na CF/88, retirando dela o seu fundamento de validade, conforme formulado por Hans Kelsen, em seu conceito jurídico de Constituição, objeto dos nossos estudos na seção 1.1.

A Constituição Estadual confere ao Estado-membro a prerrogativa de se auto-organizar, conforme estudamos na seção 2.2, sendo esta uma das características da federação, o que fez com que surgissem, a partir da CF/88, inúmeras discussões sobre o regramento, no âmbito do Estado-membro, do processo legislativo.

Exemplificando

Uma dessas questões bastante discutidas, pelo fato de a CF/88 ser silente em relação à aplicação das normas relativas ao processo legislativo federal aos Estados, em especial, no que tange à reserva de iniciativa para proposta de lei, prevista no art. 61, §1º, da CF/88, se poderiam os Estados criar um processo legislativo próprio, sem qualquer referência no que a CF/88 previu para a União. O STF, na ADI 97/RO, decidiu que não, manifestando-se no sentido de que as normas básicas do processo legislativo deveriam ser observadas pelos Estados em suas Constituições Estaduais, por força do princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º, da CF/88, e cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, III, da CF/88, o que foi estudado na seção 1.2. Nesse caso, o STF determinou ser o processo legislativo, conforme previsto na CF/88, uma das chamadas normas de observância obrigatória, a que as Constituições Estaduais se submetem.

Faça você mesmo

Que tal pensarmos em outra hipótese parecida com essa e que ensejou bastante discussão com a entrada em vigor da CF/88: Poderia a Constituição Estadual exigir lei complementar para aquilo que a CF/88 não exigiu? Além disso, haveria na CF/88 outras normas de observância obrigatória pelo legislador derivado decorrente?

Para responder a esse questionamento, você deverá analisar se isso afronta ou não as regras básicas de processo legislativo, previstas na CF/88, e se isso implicaria em maiores dificuldades para a propositura de lei que pudesse promover alterações no tema reservado à lei complementar na Constituição Estadual.

Exatamente pelo fato de a CF/88 prever inúmeras hipóteses em que o constituinte estadual deve seguir fielmente as formas de organização adotadas pelo legislador constitucional federal, consagrou-se na doutrina e na jurisprudência o chamado **princípio da simetria**. O referido princípio pode ser aplicado em relação a disposições como as contidas no art. 75, da CF/88. No entanto, ele não pode ser entendido de modo absoluto. As normas correlatas ao processo legislativo que devem ser obrigatoriamente observadas pelos Estados são aquelas que refletem o inter-relacionamento entre os poderes. Há também casos em que o preceito federal não constitui modelo para o Estado, não podendo ser para ele transposto, como no caso do art. 86, §§ 3º e 4º, da CF/88, conforme decisão proferida pelo STF na ADI 978-8/PB.

Além disso, os Estados não podem dispor sobre temas de competência legislativa reservada a União e aos Municípios. Estudaremos especificamente a distribuição de competências para legislar ainda nesta seção.

3. Municípios: possuem Poder Executivo, cujo chefe é o Prefeito, e Poder Legislativo, representado pela Câmara de Vereadores, mas não Poder Judiciário próprio. Eles se organizam por meio de Lei Orgânica, conforme art. 29, da CF/88. Diante dessas características são tidos como entes federados por boa parte da doutrina, o que é corroborado pelo art. 1º, da CF/88, que afirma ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. No entanto, esse posicionamento não é pacífico.

Figura 2.6 – Os Municípios: entes da República Federativa do Brasil

Fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Munic%C3%ADpio#/media/File:Brazil_Municipalities.png>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Reflita

Diferentemente dos Estados, que têm seus representantes no Senado, os Municípios não possuem representação no Legislativo Federal. Além disso, a intervenção nos Municípios fica a cargo do Estado-membro em que estiverem situados e não da União, tema que estudaremos na próxima Seção, e na competência originária do STF para resolver questões atinentes aos entes federados, não estão incluídas as hipóteses em que os Municípios compõem um dos polos da lide. Diante disso, poderíamos afirmar que o Município realmente é um ente federado?

A partir desse questionamento, você considera que os Municípios são, de fato, entes federados? Ou não existe essa especificidade, ou seja, a inclusão dos Municípios na condição de ente federado na federação brasileira?

Pesquise mais

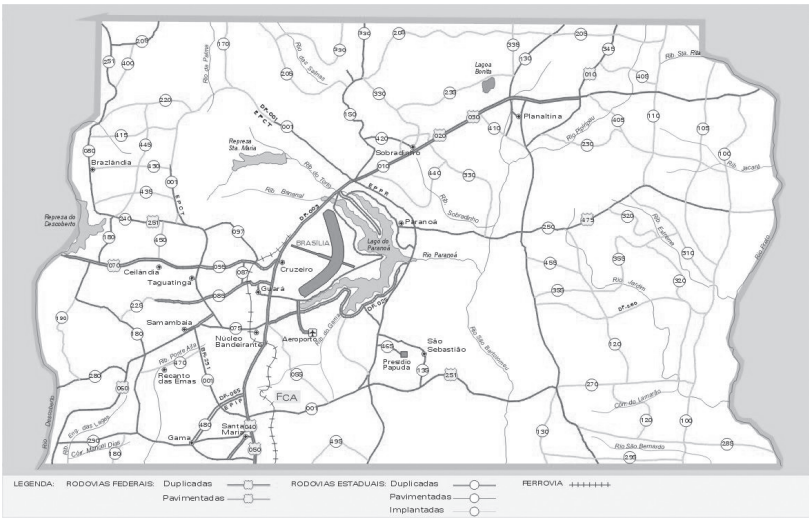
José Afonso da Silva, autor que já lemos anteriormente, manifesta o seu posicionamento a respeito de forma bastante fundamentada, sendo, portanto, importante conhecê-lo:

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 648-658.

Os Municípios podem ser criados, fundidos ou desmembrados, conforme art. 18, §4º, da CF/88, sendo, para tanto, necessários: (i) lei estadual; (ii) plebiscito para ouvir a população envolvida; (iii) estudo de viabilidade técnica; e (iv) dentro do período imposto em lei complementar federal, sendo que a inexistência dessa lei inviabiliza a criação de novos Municípios. Ela objetiva evitar a proliferação desenfreada de entes, sem que haja, de fato, interesse público que a justifique.

4. Distrito Federal: ele foi criado para abrigar a sede da União e não se confunde com o Estado-membro nem com o Município, apesar de possuir características de ambos. Rege-se por lei orgânica e não tem organização de Ministério Público nem do Poder Judiciário, que atua em seu território, tal como ocorre com os Municípios. Da mesma forma, as Polícias Civil e Militar e o Corpo de Bombeiros são organizados e mantidos pela União, submetendo-se aos limites impostos em lei federal.

Figura 2.7 – Brasília: Plano Piloto e cidades satélites.


Lagoa Bonita
Planaltina
Rio Pipiripau
Rio Jacaré
Rio Sta. Rita
Rio Jardim
Rio São Bernardo
Rio Preto
Rio Sta. Maria
Rio Sta. Teresa
Rio Sta. Luzia
Rio Sta. Leonor
Rio Sta. Mariana
Rio Sta. Quitéria
Rio Sta. Bárbara
Rio Sta. Helena
Rio Sta. Fé
Rio Sta. Rosa
Rio Sta. Cruz
Rio Sta. Maria

A Emenda Constitucional 69/12 transferiu à União a prerrogativa de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. Por outro lado, acumula as funções típicas dos Estados-membros, quanto, por exemplo, à competência concorrente com a União para legislar, sendo que está sujeito à intervenção federal e possui também três representantes no Senado Federal, o que lhe assegura a participação na formação da vontade da União. O governador do Distrito Federal possui legitimidade, bem como os demais governadores de Estado, para propor ação direta de inconstitucionalidade. Nas áreas de sua competência exclusiva, possui capacidade de autogoverno, autolegislação e autoadministração. Além disso, exerce cumulativamente as competências legislativas dos Estados e dos Municípios, não podendo se subdividir em Municípios, por determinação expressa no art. 32, §1º, da CF/88. Como o STF reconhece o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, também não será cabível a referida ação em face de lei do Distrito Federal, editada a partir do exercício de competência municipal. O Poder Legislativo é exercido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, composta por deputados distritais, em número que equivale ao triplo dos deputados federais que elege para a Câmara dos Deputados, em que soma oito representantes.

5. Territórios: embora os últimos territórios (Fernando de Noronha, que foi anexado a Pernambuco, e Roraima e Amapá, que ganharam o status de Estados) tenham sido extintos em 1990, o art. 18, §2º, da CF/88, confere a prerrogativa de serem criados por lei complementar federal, constituindo-se em descentralizações administrativas da União, carecendo de autonomia.

Delineadas de forma sucinta as características da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, além dos Territórios, passemos agora à análise da repartição constitucional de competências na CF/88. Vamos lembrar que as competências podem ser repartidas verticalmente, em relação às competências concorrentes da União, a quem compete editar normas gerais, e dos Estados e Distrito Federal, que editarão as normas específicas, e horizontalmente, atribuindo competências exclusivas para cada um dos entes políticos, e que a CF/88 adota um sistema misto de repartição. Vamos analisar o tema, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 837-845):

I. Competência geral da União: está prevista no art. 21, da CF/88, e traz, entre outras, a função de manter relações com Estados estrangeiros, emitir moeda, administrar a reserva cambial, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, desenvolver e explorar serviços de telecomunicações, organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, conceder anistia, entre outros. Além disso, o art. 177, da CF/88, elenca os itens que constituem monopólio da União, como a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, podendo sobre esses itens legislar.

II. Competência de legislação privativa da União: está listada no art. 22, da CF/88, os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões, não devendo ser considerado esse rol exaustivo, havendo outras competências elencadas no art. 48, da CF/88. Entre esses assuntos estão elencados direito civil, direito processual, direito do trabalho, desapropriação, águas, sistema monetário, trânsito, cidadania, normas gerais de licitação e contratos, diretrizes e bases da educação. Por fim, o parágrafo único do art. 22, da CF/88, traz a possibilidade de lei complementar federal autorizar que os Estados-membros legislem sobre questões específicas relativas às matérias relacionadas no seu *caput*. Todavia, não poderá ser transferida a regulação integral de toda uma matéria. Se não houver a referida lei complementar federal, a lei estadual editada para dispor sobre a matéria deverá ser considerada inconstitucional em análise do STF.

III. Competência relativa aos poderes reservados dos Estados: está prevista no art. 25, da CF/88, a competência para tratar de assuntos residuais e poderes específicos para a exploração do serviço de gás canalizado, a competência legislativa para criar as regiões metropolitanas, como as de São Paulo, Recife e Goiânia e a criação, fusão e desmembramento de Municípios, respeitado o período fixado em lei complementar federal para tanto. A competência residual dos Estados, ou seja, aquela que eles podem exercer por não estarem abrangidas entre aquelas que são atribuídas pela CF/88 à União, compreende matéria orçamentária, criação, extinção e fixação de cargos públicos estaduais, autorização para alienação de imóveis, criação de Secretarias de Estado, organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral do Estado. No aspecto tributário, as

competências correlatas aos Estados estão elencadas no art. 155, da CF/88.

IV. Competência comum material da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios: todos os entes federados devem combinar esforços para zelarem pela guarda da CF/88 e das instituições democráticas e para a conservação do patrimônio público. Para tanto, são competentes, conforme art. 23, da CF/88, para legislar sobre a proteção do meio ambiente e o combate à poluição, a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, à proteção de obras de arte, de sítios arqueológicos, paisagens naturais notáveis e monumentos, entre outros. Elas são chamadas comuns, porque os vários entes da federação possuem a prerrogativa de exercê-las. O parágrafo único do citado artigo prevê que lei complementar federal disciplinará a relação entre os entes federados para o exercício das competências comuns, coordenando as ações políticas e evitando o dispêndio desnecessário de recursos e esforços para tanto. Havendo conflito de competências entre os entes federados, no exercício dessas atribuições comuns, deve-se verificar a preponderância de interesses entre os entes, cabendo ressaltar que não há hierarquia entre os entes federados, mas se pode dizer que há hierarquia de interesses.

V. Competência legislativa concorrente: o art. 24, da CF/88 elenca as matérias que demandarão a edição de normas gerais pela União, isto é, normas não exaustivas, princípios amplos, leis-quadro, e leis específicas pelos Estados, que exercem a chamada competência suplementar, tratando especificamente do tema, tal como ocorre com o direito tributário, financeiro, previdenciário, urbanístico, sobre a conservação da natureza e preservação do meio ambiente, educação, proteção e integração social da pessoa com deficiência, proteção à infância e à juventude, do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, assistência jurídica, defensoria pública etc. Na ausência da norma geral, de competência da União, correlata às matérias elencadas no art. 24, da CF/88, os Estados poderão legislar amplamente, suprindo a inexistência do diploma federal. Se, posteriormente, a União editar a lei federal que contenha as normas gerais, fica suspensa a eficácia da lei estadual naquilo que for a ela contrário.

VI. Competência dos Municípios: o art. 29, da CF/88, fixou parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios, para a edição da Lei Orgânica. Algumas competências municipais foram elencadas no próprio art. 29, e o art. 30 traz competências específicas, tais como a criação, organização e supressão de distritos, observada a lei estadual, a prestação de serviço de transporte coletivo municipal, com a cooperação técnica e financeira da União, a execução de programas de educação infantil e ensino fundamental e a prestação de serviços de saúde, o ordenamento do solo urbano e a preservação do patrimônio histórico-cultural local. Outras, estão implícitas, mas podem ser compreendidas a partir da interpretação do texto constitucional. Essas competências implícitas decorrem do art. 30, I, da CF/88, que determina que aos Municípios competem "legislar sobre assuntos de interesse local", ou seja, sobre assuntos de predominante interesse municipal, tais como coleta de lixo, fiscalização das condições de higiene e limpeza de bares e restaurantes, o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais em geral, conforme fixado na Súmula 645, da STF. A competência municipal deverá ser exercida em consonância com os princípios constitucionais, não podendo violar, por exemplo, a livre concorrência, conforme Súmula 646, do STF. Sobre os temas correlatos ao interesse municipal, os Municípios dispõem de competência privativa, não podendo os outros entes invadi-la. Caso seja necessário ao interesse local, os Municípios poderão legislar, de forma suplementar à legislação federal e estadual, em relação às matérias previstas no art. 24, da CF/88, respeitando as normas federais e estaduais existentes. Se for a lei federal ou estadual editada posteriormente, a eficácia da lei municipal ficará suspensa naquilo que lhe for contrária.

É preciso que fique claro que não existe hierarquia entre lei federal e lei estadual, porque o que existe é uma divisão de competências entre esses entes. Sendo assim, há inconstitucionalidade tanto na invasão de competência dos Estados pela União, quanto na invasão das competências da União pelos Estados.

Nesta seção, vamos apenas citar os fundamentos, previstos no art. 1º, da CF/88, quais sejam: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, e os objetivos fundamentais da República Federativa do

Brasil, elencados no art. 3º, da CF/88, com o objetivo de que você faça apenas uma revisão desse tópico que já foi tratado na seção 1.2, quais sejam: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sem medo de errar

Vamos agora buscar a solução para a questão proposta?

Para solucionarmos a situação-problema posta nessa seção, devemos retomar a situação geradora de aprendizado proposta no início dessa unidade de ensino: o legislador constitucional adotou a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo, no art. 1º e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Nesta seção, estudamos a federação brasileira e suas características e agora vamos responder à seguinte questão: O art. 1º, *caput*, da CF/88, consagra os Municípios como membros daquela união indissolúvel, que constitui a República Federativa do Brasil. Você, renomado jurista, foi consultado para emitir parecer sobre se a inclusão dos Municípios entre os entes federados, constantes no art. 1º, da CF/88, diferentemente do que ocorre em outros Estados federais, altera a eficácia da norma, ou seja, se há a necessidade de regulamentação por lei infraconstitucional, que preveja claramente o papel dos Municípios na Federação brasileira.

Atenção

Aqui é muito importante relembrar da classificação das normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, que determina serem elas de eficácia plena, contida e limitada.

Além disso, você deverá relembrar o que estudamos sobre o papel dos Municípios na federação brasileira e que originalmente, nos modelos de federação estudados na seção 2.2, os Municípios não são encarados como entes federados, sendo essa uma especificidade da federação brasileira, que além da União e dos Estados-membros, contempla ainda o Distrito Federal e os Municípios. Por isso, o federalismo brasileiro é chamado de segundo grau, por contemplar dois graus entre os entes federados: um entre a União e os Estados e outro entre os Estados e os Municípios, lembrando que o Distrito Federal possui características mistas, exercendo competências tanto dos Estados quanto dos Municípios.

Todavia, alguns autores sustentam não se tratarem de entes federados pelo fato de os Municípios não participarem da formação da vontade federal, uma vez que não possuem representantes no Congresso Nacional, ao contrário do que ocorre com os Estados-membros e com o Distrito Federal. Ademais, eles não mantêm Poder Judiciário e a intervenção que eles venham a sofrer será realizada pelos Estados-membros e não pela União.

Diante de tudo que estudamos nesta seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera que os Municípios fazem parte efetivamente da federação brasileira? Quais as normas constitucionais poderiam sustentar a sua posição? A partir disso, você avalia que seja necessária regulamentação infraconstitucional para regular exercício das competências dos Municípios? Teriam eles apenas competência suplementar em relação a Estados e a União? Com isso, a previsão inserta no art. 1º, da CF/88, seria de eficácia plena, contida ou limitada?

Lembre-se

Lembre-se de que as normas podem ser classificadas quanto à aplicabilidade em normas de eficácia plena (as que são plenamente aplicáveis, sem a necessidade de regulamentação infraconstitucional para tanto), de eficácia contida (as que possuem aplicabilidade imediata, mas podem ter sua abrangência restrita por meio de normas infraconstitucional) e de eficácia limitada (as que dependem de regulamentação por meio de norma infraconstitucional para produzirem seus regulares efeitos).

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que você pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Abrangência da competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local	
1. Competências de fundamentos da área	Compreender, a partir da análise do poder constituinte e da estrutura da CF/88, a possibilidade de alteração das normas do ADCT, considerando aquelas que já produziram efeitos, chamadas de normas exauridas.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente como é formada a federação brasileira, quais são os entes federados e suas características, bem como funciona a repartição de competências
3. Conteúdos relacionados	• Federação brasileira na CF/88 • Entes federados • Características dos entes federados • Repartição de competências.
4. Descrição da SP	O art. 30, I, da CF/88, determina a competência dos Municípios para "legislar sobre assuntos de interesse local". Além disso, compete aos Municípios suplementar a legislação federal ou estadual no que couber, de acordo com o inciso II do mesmo artigo. Essa suplementação da legislação federal ou estadual somente poderá ser feita quando verificada a existência de interesse local? O interesse local funciona como limite à competência dos Municípios para legislar? Os demais incisos do art. 30, da CF/88, demonstram necessariamente a existência, ainda que implícita, do interesse local para a regulação das matérias ali trazidas?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar as características da competência dos Municípios para legislar, que está expressa especialmente no art. 30, da CF/88, e implícita em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para compreender a abrangência do interesse local municipal e se ele funciona como limitador da competência dos Municípios.

A competência dos Municípios, descrita no art. 30 da CF/88, se refere à capacidade para legislar sobre as seguintes matérias: (i) assuntos de interesse local; (ii) criação, organização e supressão de distritos, observada a lei estadual; (iii) a prestação de serviço de transporte coletivo municipal; (iv) com a cooperação técnica e financeira da União, a execução de programas de educação infantil e ensino fundamental e a prestação de serviços de saúde; (v) o ordenamento do solo urbano; e (vi) a preservação do patrimônio histórico-cultural local. Todas essas hipóteses se referem a assuntos de interesse local? A competência municipal se restringe a essas situações ou o Município pode legislar sobre quaisquer outras

matérias em relação aos aspectos que reflitam interesse local ainda que elencadas na competência da União ou do Estado? Se for o caso, configura-se hipótese de competência residual?

Faça você mesmo

A partir de então, pensando na questão da abrangência da competência dos Municípios para legislar, você agora é capaz de analisar outros casos como esse. Ao afirmar que os Estados possuem competência residual para legislar, além das competências privativas que lhes são atribuídas de forma expressa, quais seriam os limites ao exercício dessa competência? Os Estados podem legislar sobre matérias de competência privativa da União? E sobre matérias de competência privativa dos Municípios? Os Estados, sob o pretexto de suplementar a legislação federal, poderão editar leis em relação a matérias que não foram objeto de normas gerais editadas pela União?

Faça valer a pena

1. A CF/88 elegeu como sistema de governo o presidencialista, o que foi confirmado por meio de plebiscito, realizado em 21 de abril de 1993, nos termos do art. 2º, do ADCT.

Com base nessas informações, avalie as assertivas abaixo:

I. Os Estados-membros poderão prever medidas parlamentaristas, uma vez que não há qualquer afronta à previsão expressa na CF/88, tendo o legislador estadual liberdade para atuar nesse campo.
II. Verifica-se que a previsão nas Constituições Estaduais de medidas parlamentaristas afronta o princípio da separação dos poderes, expressamente previsto no art. 2º, da CF/88, tendo em vista que o parlamentarismo se diferencia do presidencialismo pela forma como atua o Poder Executivo. Naquele, tem-se o Chefe de Estado, eleito pelo voto direto, e o Primeiro Ministro, escolhido pelo parlamento.
III. As medidas parlamentaristas podem ser previstas pelas Constituições Estaduais, porque elas somente possuem como limites à sua criação as cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, da CF/88, quais sejam: forma federativa de Estado, voto direito, secreto, universal e periódico, separação dos poderes e direitos e garantias individuais.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta:

(a) As asserções I e III são proposições verdadeiras, e a III é uma justificativa da I.
(b) As asserções I e III são proposições verdadeiras, mas a III não é uma justificativa da I.
(c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a III é uma proposição falsa.
(d) A asserção II é uma proposição falsa, e a III é uma proposição verdadeira.
(e) As asserções I e III são proposições falsas

2. Uma das regiões que compõem o Município de Belo Horizonte, qual seja, o Barreiro, há anos pleiteia ser colocada na condição de Município, cindindo-se, assim, de Belo Horizonte. Sabe-se que os Municípios podem ser criados, fundidos ou desmembrados, conforme art. 18, §4º, da CF/88, desde que observados os seguintes requisitos, exceto:

(a) A previsão em lei estadual.
(b) A realização de plebiscito para ouvir a população envolvida, ou seja, para que os eleitores belo-horizontinos se manifestem a favor ou contra a criação do Município do Barreiro.
(c) A apresentação de estudo de viabilidade técnica que demonstrem a possibilidade de criação do novo Município a partir da cisão do Município de Belo Horizonte.
(d) A previsão em lei municipal, tendo em vista que em se tratando de cisão do Município de Belo Horizonte e não envolvendo o território de outro Município, não se faz necessária a manifestação do Estado de Minas Gerais a respeito.
(e) A criação do Município do Barreiro deve ocorrer dentro do período imposto em lei complementar federal.

3. O Distrito Federal foi criado para abrigar a sede da União e não se confunde com o Estado-membro nem com o Município possuindo características de ambos. São características do Distrito Federal, exceto:

(a) Rege-se por lei orgânica e não possui organização do Ministério Público nem do Poder Judiciário, mas organizam e mantém as Polícias Civil e Militar e o Corpo de Bombeiros.
(b) Possui, assim como os Estados, a competência concorrente com a União.
(c) Sujeita-se à intervenção federal.
(d) Possui três representantes no Senado Federal.
(e) Não se subdivide em Municípios.

Seção 2.4

Entes federados e intervenção

Diálogo aberto

Vamos à última seção dessa segunda unidade de ensino do nosso estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional. Estamos estudando Eficácia, aplicabilidade e organização do Estado e nesta seção vamos novamente retomar a situação geradora de aprendizado: o legislador constitucional adotou a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo, no art. 1º e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Na seção 2.1, fizemos o estudo da eficácia, da validade e da vigência das normas constitucionais, além de analisarmos a classificação das normas constitucionais, proposta por José Afonso da Silva, como normas de eficácia plena, contida e limitada. A partir desse estudo, enfretamentos a situação-problema relativa à aplicabilidade do art. 1º, *caput*, da CF/88.

Na seção 2.2, analisamos, em relação ao Estado Unitário e à Federação, o histórico, os tipos e as características dessas formas de Estado e respondemos a situação-problema atinente à possibilidade de alteração da forma federativa de Estado, prevista no art. 1º, *caput*, da CF/88, por meio de Emenda Constitucional.

Na seção 2.3, estudamos propriamente as características da federação brasileira, seus fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além do modelo de repartição de competências adotado na CF/88, e, a partir disso, respondemos a questão sobre a inclusão dos Municípios na união indissolúvel, prevista no art. 1º, da CF/88, se essa inclusão

altera a eficácia da norma, ou seja, se há a necessidade de regulamentação por lei infraconstitucional.

Agora, na seção 2.4, vamos rever as características dos entes federados e estudaremos as possibilidades de intervenção federal e estadual, para respondermos à seguinte situação-problema: você, foi contratado para emitir parecer sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que fazem previsão das hipóteses de intervenção federal e estadual. Diante disso e orientado pela classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, as normas de intervenção possuem eficácia plena, contida ou limitada?

Para tanto, deveremos: (i) compreender as características dos entes federados; (ii) entender em que hipóteses pode se dar a intervenção; (iii) analisar quais procedimentos devem ser adotados pela União e pelos Estados para a adoção da intervenção.

E, então? Vamos começar?

Não pode faltar

Para analisarmos a questão posta nesta seção, vamos estudar um pouquinho a teoria da intervenção federal e estadual, mas para começar, vamos relembrar as características dos entes federados, de forma sistematizada, tendo em vista que estudamos esse tema pormenorizadamente na seção 2.3.

Figura 2.8 – Entes da República Federativa do Brasil

Fonte: <http://landing.esquemaria.com.br/esquemas/24-4-2014-Entes-Federativos-Esquema/>. Acesso em: 5 nov. 2015.

O art. 1º, *caput*, da CF/88, afirma ser a "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", constituindo-se em Estado Democrático de Direito. Diante desse conhecimento, vamos definir esses entes políticos, como o fez Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino e Frederico Dias (2013, p. 348-359):

1. União: considerada um dos entes autônomos da federação, conforme art. 18, da CF/88, trata-se de pessoa jurídica de direito público interno, que não se confunde com a República Federativa do Brasil, que é pessoa jurídica de direito internacional, dotada de soberania e não de autonomia, diferença ressaltada na seção 2.2. Os bens da União estão elencados no art. 20, da CF/88, tais como o mar territorial, os terrenos de marinha, os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive o subsolo.

2. Estados: organizam-se por suas próprias constituições, observados os limites postos pela CF/88, uma vez que, conforme estudamos na seção 1.3, o poder constituinte derivado decorrente é limitado pela CF/88. Os Estados-membros também são autônomos e possuem: (i) autogoverno: A escolha dos governantes dos Estados não se subordina ou é tutelada pela União; (ii) autoadministração: Os Estados a exercem por meio do exercício das competências legislativas, administrativas e tributárias, previstas na CF/88; e (iii) auto-organização e normatização própria: elaboração de sua própria Constituição, bem como de sua própria legislação, observados os limites postos na CF/88. Os Estados-membros podem, nos termos do art. 25, §3º, da CF/88, criar, por meio de lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Por fim, o art. 26, da CF/88, elenca os bens pertencentes aos Estados-membros, bens estes residuais em relação àqueles pertencentes à União.

3. Distrito Federal: é regido por lei orgânica, instrumento que o organiza e estrutura, assegurando a sua autonomia política, tendo, pois, natureza de constituição estadual. Assim como os Estados-membros, possui autonomia política, caracterizada por: (i) autogoverno; (ii) autoadministração; e (iii) auto-organização e normatização própria. Sendo vedada a sua divisão em Municípios, o Distrito Federal concentra as competências legislativas e tributárias

reservadas aos Estados e aos Municípios. Todavia, a polícia civil, militar, o Poder Judiciário, o Ministério Público e o corpo de bombeiros em seu âmbito são organizados e mantidos pela União.

4. **Municípios**: regem-se por lei orgânica, que deverá observar os limites postos tanto na CF/88 quanto na respectiva constituição estadual. São pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia, assegurada pela capacidade de autogoverno, administração própria e auto-organização.

5. **Territórios**: não são entes federados, podendo ser criados pela União, com a natureza jurídica de autarquias territoriais federais. Em função disso, não possuem autonomia política, sendo, portanto, mera divisão administrativo-territorial. A lei que os criar deverá dispor sobre a sua organização administrativa e judiciária, além de ser possível prever a sua divisão em Municípios, nos termos do art. 33, §1º, da CF/88. Nos territórios com mais de cem mil habitantes, haverá órgãos judiciais de primeira e de segunda instância, bem como membros do Ministério Público e defensores públicos federais. Não haverá eleições para governador, que será nomeado pelo Presidente da República, mas para a Câmara Territorial a lei deverá dispor sobre as eleições, conforme art. 33, §3º, da CF/88. Apesar de não haver atualmente nenhum território no Brasil, vale notar que o art. 18, §2º, da CF/88, determina que eles podem ser criados, transformados em Estados ou reintegrados ao Estado de origem, por meio de lei complementar.

Essa foi apenas uma breve revisão, apenas com alguns apontamentos sobre o tema que foi estudado na seção 2.3, mas caso você queira estudar um pouco mais sobre a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fica a indicação de duas boas leituras a respeito:

Pesquise mais

José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes analisam todas as características dos entes federados e da autonomia que os marca:

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 496-512 e 617-663.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 286-333.

Vamos, então, iniciar nossos estudos sobre a intervenção federal. Ela objetiva proteger a federação brasileira, resguardando-a especialmente contra a desagregação. Para tanto, pode a União intervir no funcionamento dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios situados nos territórios federais, que ela venha a criar, e os Estados intervirem nos Municípios que estão em seu território, sem que isso implique em violação do pacto federativo. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 819) afirma que a intervenção federal compete à União que poderá dela lançar mão para "preservar a integridade política, jurídica e física da federação". Trata-se, pois, de medida excepcional e drástica que somente poderá ser usada nas hipóteses previstas no art. 34, da CF/88. São elas:

I. Manter a integridade nacional;

II. Repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da federação em outra: no caso da invasão estrangeira, é dispensada a concordância do Estado, tendo em vista que visa à reconstrução da integridade nacional. Em se tratando da invasão de uma unidade da federação em outra, a União poderá se utilizar da intervenção para impedir o ganho territorial em detrimento de outra unidade da federação ou imposição de vontade sobre ela;

III. Pôr termo a grave comprometimento da ordem pública: nem toda desordem ensejará a intervenção, mas somente aquela considerada não usual e intensa, que evidencie transtorno na vida social, violento e de grandes proporções, não sendo necessário que se configure uma guerra civil para tanto;

IV. Garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da federação: a hipótese ocorre no caso de o Poder estar impedido ou dificultado de funcionar, quando os membros do Poder Legislativo estiverem impossibilitados de exercer o poder, por decisão judicial, de se reunirem para deliberarem sobre determinado projeto de lei;

V. Reorganizar as finanças das unidades da federação: (i) suspender o pagamento da dívida fundada (compromissos de exigibilidade superior a 12 meses, contraídos em função de desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos) por mais de dois anos, salvo por motivo de força maior; (ii) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias determinadas pela CF/88, nos prazos estabelecidos em lei;

VI. Prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial: nem todo desrespeito à lei enseja a intervenção, mas somente nos casos em que sua inobservância gera prejuízo generalizado e que não seja solucionado por meio de decisão judicial. O STF decidiu, todavia, que não constitui hipótese de intervenção federal, o não pagamento de precatórios, quando não há recursos suficientes para tanto e tendo o Estado que arcar com obrigações de igual hierarquia;

VII. Assegurar a observância dos seguintes princípios sensíveis: (i) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; (ii) direitos da pessoa humana, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) autonomia municipal, que impõe aos Estados o respeito ao poder de autogoverno, auto-organização e autoadministração dos Municípios; (iv) prestação de contas da administração pública direta e indireta, nos termos do art. 75, da CF/88; (v) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida e proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Reflita

As hipóteses de intervenção federal estão elencadas no art. 34, da CF/88.

Poderia o legislador constitucional, no exercício do poder constituinte derivado reformador, criar outras hipóteses de intervenção federal? A simples criação de novas hipóteses de intervenção viola alguma das cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, da CF/88?

Analisadas as hipóteses, passamos ao estudo dos entes passíveis de intervenção. A União poderá intervir, verificada qualquer das hipóteses do art. 34, da CF/88, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios integrantes dos territórios federais, mas não o poderá fazer em relação aos Municípios situados nos Estados, cuja competência interventiva é dos próprios Estados.

Assimile

Diante disso, vamos diferenciar os entes que se submetem à intervenção federal e aqueles que se sujeitam à intervenção estadual:

- Intervenção federal: Estados, Distrito Federal e Municípios integrantes de território;

- Intervenção estadual: Municípios situados em seu território.

Aqui será proposta uma **classificação da intervenção** nas seguintes espécies:

- Espontânea ou *ex officio*: somente o Presidente da República poderá decretar a intervenção federal *ex officio*, ou seja, independente de provocação, nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III e V, do art. 34, da CF/88. Faz-se necessário, nesse caso, apenas que o Presidente ouça aos seus órgãos de consulta não deliberativos: Conselhos da República, previsto no art. 89, da CF/88, e de Defesa Nacional, conforme art. 91, da CF/88. A criação do decreto interventivo trata-se, portanto, de ato discricionário do Presidente da República.

- Provocada:

a) Por solicitação: ocorre quando a coação ou impedimento, que fira a garantia do livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da federação, prevista no art. 34, IV, da CF/88, recaia sobre os Poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, para decretar a intervenção federal, o Presidente da República dependerá da solicitação de um dos poderes coatos ou impedidos, mantendo, todavia, a característica de ato discricionário, conforme art. 36, I, da CF/88.

b) Por requisição: conforme art. 36, I, da CF/88, verifica-se no caso de a coação ou o impedimento, que fira a garantia do livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da federação, prevista no art. 34, IV, da CF/88, recair sobre o Poder Judiciário. Nesse caso, o decreto interventivo do Presidente da República é ato vinculado e não discricionário, como nos casos de intervenção espontânea e provocada por solicitação.

Vocabulário

Aqui vale uma explicação sucinta sobre o que seja ato vinculado e ato discricionário, uma vez que isso será estudado pormenorizadamente em Direito Administrativo, mas é muito importante que você saiba diferenciá-los:

- **Discricionariedade:** o administrador pode, observados os limites estabelecidos na lei, além dos princípios que regem a Administração Pública, escolher a solução que entender adequada para o caso, de acordo com a conveniência e oportunidade para a prática do ato.

- **Vinculação:** o administrador não possui margem de liberdade para escolher entre a solução cabível no caso, uma vez que a norma delimita a sua atuação, estabelecendo os requisitos e condições para que o ato administrativo seja praticado.

Vamos sistematizar o raciocínio apresentado nos casos de intervenção provocada por solicitação e por requisição, correlatos ao inciso IV, do art. 34, da CF/88?

Tabela 2.1- Hipóteses de intervenção federal

Coação ou impedimento do:	Sobre o poder	Intervenção provocada	Ato	O poder coato oficia o:
Judiciário ou legislativo	Executivo	Solicitação	Discricionário	Presidente
Legislativo ou Executivo	Judiciário	Requisição	Vinculado	STF que requisitará ao Presidente
Executivo ou judiciário	Legislativo	Solicitação	Discricionário	Presidente

Fonte: elaborado pela autora (2015)

Já na hipótese de ordem ou decisão judicial ignorada, prevista no art. 34, VI, da CF/88, o tribunal que tiver proferido a decisão, seja ele o STF, Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou Tribunal Superior Eleitoral

(TSE), possuirá legitimidade para requisitar a intervenção diretamente ao Presidente da República, conforme art. 36, II, da CF/88. Decisão proferida por qualquer outro tribunal (Tribunais Regionais Federais, juízes federais, tribunais regionais e juízes eleitorais, tribunais e juízes do trabalho, tribunais e juízes militares, tribunais e juízes estaduais, distritais ou dos territórios que a União venha a criar), dependerá de requisição ao STF, por meio de ofício, para que ele venha requerer a expedição do decreto interventivo ao Presidente.

c) Por representação: nos termos do art. 36, III, da CF/88, verifica-se a necessidade de representação do Procurador-Geral da República e provimento do STF em ação direta de inconstitucionalidade interventiva, no caso de ofensa aos princípios sensíveis, previstos no art. 34, VII, da CF/88. A violação aos princípios sensíveis, nesse caso, deve decorrer de lei estadual ou lei distrital, não existindo hipótese prevista na CF/88 de violação desses princípios por lei dos Municípios localizados em território federal. A intervenção provocada por representação do Procurador-Geral da República também ocorrerá para prover a execução de lei federal, dependendo de provimento do STF, nos termos do art. 34, VI, da CF/88. A intervenção, nesse caso, configura-se como vinculada.

Por fim, vamos analisar como o Congresso Nacional realiza o controle político do decreto presidencial de intervenção, conforme art. 36, §§ 1º e 2º, da CF/88, devendo fazê-lo no prazo de 24 horas e, no caso de recesso parlamentar, deverá ser feita convocação extraordinária dentro do mesmo prazo. No entanto, essa apreciação pelo Congresso será dispensada nos seguintes casos: (i) quando o decreto interventivo se limitar a suspender a execução do ato impugnado, que ensejou a intervenção, nos casos previstos no art. 34, VI e VI e no art. 35, IV, bastando essa medida para reaver a normalidade, nos termos do art. 36, §3º, da CF/88; (ii) quando objetivar o cumprimento de ordem ou decisão judicial (art. 34, IV, da CF/88); ou (iii) em caso de violação de princípio sensível (art. 34, VII, da CF/88).

Exemplificando

Em 2014, foram noticiados inúmeros casos de mortes ocorridas dentro do sistema penitenciário maranhense. Dezenas de presos foram torturados,

mortos e decaptados no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em rebeliões e conflitos entre facções e, fora do presídio, ônibus e delegacias foram atacadas, resultando na morte de civis. A intervenção federal, nesse caso, poderia ser decretada com base no disposto no art. 34, III, da CF/88, ou seja, para pôr fim a grave comprometimento da ordem pública, ou com fundamento no inciso VII do mesmo artigo, que autoriza a intervenção no caso de violação a princípios sensíveis, como os que se referem ao respeito à pessoa humana.

Faça você mesmo

Agora você pode pensar em outras situações como essa. Outro caso que ganhou os noticiários foi sobre a possibilidade de intervenção federal no Rio Grande do Sul pelo não pagamento dos precatórios, que são a requisição de pagamento elaborada por um juiz de 1º grau em decorrência de uma decisão definitiva, contra a qual não caiba mais recurso, proferida em desfavor de algum dos entes políticos: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Caso fosse decretada, ela estaria fundamentada em qual dos incisos do art. 34, da CF/88?

A **intervenção estadual** nos Municípios situados em seu território ocorrerá nas seguintes hipóteses, previstas no art. 35, da CF/88:

I. Deixar de pagar a dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

II. Não forem prestadas contas na forma da lei;

III. Não tenha sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

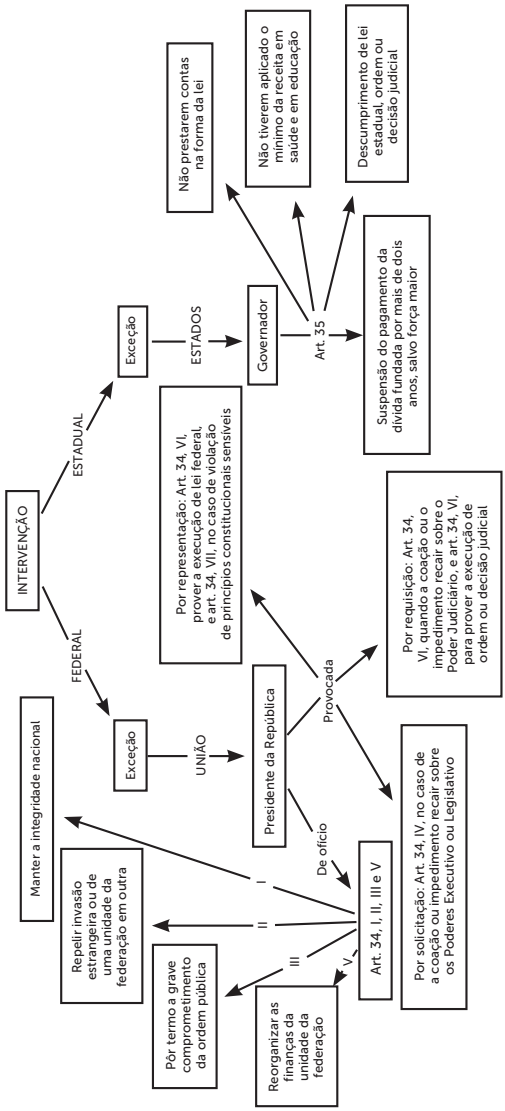
IV. O Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, ordem ou decisão judicial.

A intervenção estadual também pode ser classificada em: (i) espontânea, nos casos previstos nos incisos I, II e III, do art. 35, da CF/88, ou seja, dependendo da conveniência e oportunidade do

Governador para decretá-la; e (ii) provocada, nas hipóteses trazidas no inciso IV do art. 35, da CF/88, quando dependerá de provimento de representação pelo Tribunal de Justiça.

O organograma a seguir sintetiza o que estudamos nesta seção:

Figura 2.9 – Hipóteses de intervenção federal



Fonte: Elaborado pela autora.

E então? A despeito de tudo que estudamos, vamos responder ao problema que expusemos no início da seção?

Sem medo de errar

Para solucionarmos a situação problema posta nessa seção, devemos retomar o contexto de aprendizagem proposto no início dessa unidade de ensino: O legislador constitucional adotou a forma de Estado Federativa, opção expressa no preâmbulo no art. 1º e no ADCT. Ao afirmar que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", o legislador constitucional editou uma norma de eficácia plena, contida ou limitada? A sua eficácia e a sua aplicabilidade podem ser modificadas por Emenda Constitucional?

Nesta seção, relembramos as características dos entes federados e estudamos a intervenção federal e estadual, objetivando responder a seguinte questão: você, renomado jurista, foi contratado para emitir parecer sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que fazem previsão das hipóteses de intervenção federal e estadual. Diante disso e orientado pela classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, as normas de intervenção possuem eficácia plena, contida ou limitada?

Atenção

Aqui é muito importante retomarmos a classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, ou seja, aquelas que não demandam regulamentação, normas de eficácia contida, que podem ter seu campo de atuação restrito por norma infraconstitucional, e normas de eficácia limitada, que dependem de regulamentação para produção de todos os seus efeitos, para verificarmos em que situação as normas de intervenção se enquadram.

Considerando tudo que estudamos nesta seção e pensando as questões anteriormente lembradas, você considera que as normas

constitucionais que dispõem sobre a intervenção são autoaplicáveis ou dependem de regulamentação? Os efeitos dessas normas são mediatos ou imediatos? Norma infraconstitucional pode restringir o seu campo de atuação?

Lembre-se

Lembre-se de que para analisar a questão, você precisará reler os arts. 34 a 36, da CF/88, para verificar se eles trazem alguma pista a respeito. Muitas vezes, as normas constitucionais remetem à lei que deverá ser produzida com o intuito de regulamentá-las.

Diante do exposto, como você se posiciona a respeito: as normas constitucionais relativas à intervenção possuem aplicabilidade imediata, dependem de regulamentação para produzir seus efeitos ou autoriza que a norma infraconstitucional restrinja seu âmbito de aplicação?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que você pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

A possibilidade de intervenção fundada na ausência de reajuste da remuneração dos servidores públicos do Estado	
1. Competências de Fundamentos de Área	Compreender, a partir da análise das hipóteses de intervenção federal, se ela seria cabível no caso de ausência de reajuste dos servidores públicos do Estado.
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender, a partir da análise do caso concreto, se ele se enquadra em alguma das hipóteses de intervenção federal, taxativamente listadas no art. 34, da CF/88.
3. Conteúdos relacionados	• Características da intervenção federal • Hipóteses que fundamentam a intervenção federal, previstas no art. 34, da CF/88
4. Descrição da SP	Após a greve dos agentes penitenciários, o governador do Estado de Rondônia editou o Decreto 17.823/13, determinando que os policiais militares deixassem a segurança pública para assumir a função desses agentes. Tendo em vista esse desvio de função dos policiais militares, o STF cobrou explicações do governador de Rondônia para analisar a possibilidade de intervenção federal no Estado. Diante da situaçao, você, renomado jurista, considera que o STF poderia requerer a intervenção federal? Qual o fundamento para tanto, ou seja, em que inciso do art. 34, da CF/88, a situação se enquadraria?

5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar as características da intervenção federal e as hipóteses em que ela pode ser suscitada. Nesse caso, em que o governador do Estado de Rondônia editou decreto determinando o desvio de função dos policiais militares, a intervenção federal é cabível? Sob que hipótese? Fica configurado o descumprimento de lei federal suficiente para ensejar a medida excepcional? Trata-se de situação em que resta demonstrada grave comprometimento da ordem pública?

Lembre-se

A intervenção federal é medida excepcional, utilizada para restabelecer o proteger tanto o Estado Federal quanto as unidades que o integram. Lembre-se de que a intervenção federal é medida que relativiza a autonomia dos Estados e do Distrito Federal, verificada qualquer das situações elencadas no art. 34, da CF/88, sem ferir o pacto federativo, sendo seu objetivo defendê-lo. Mas, no caso em comento, a intervenção federal seria, de fato, cabível? A atuação do STF, ao solicitar informações ao governador, é legítima? O STF não estaria invadindo o poder do Executivo de regulamentar, em âmbito interno, a atuação da polícia militar? Ou o deslocamento dos policiais militares para exercer as funções de agente penitenciário ensejaria alguma das hipóteses excepcionais, previstas no art. 34, da CF/88, a ensejar a intervenção federal?

Faça você mesmo

Com base no que foi exposto, pensando na questão atinente à possibilidade de intervenção federal na hipótese de desvio de funções dos policiais militares para atuarem como agentes penitenciários, convido você a resolver outro problema relativo à intervenção federal: O Estado do Rio Grande do Sul, diante do cenário econômico desfavorável e do crescimento dos gastos públicos em detrimento da receita, deixou de pagar os precatórios, emitidos em decisões judiciais em que o Estado restou condenado. Diante disso, foram apresentados pedidos de intervenção federal em face do Rio Grande do Sul. Você, renomado jurista, entende ser a intervenção federal cabível no caso? Se considerar que ela seja cabível, em que hipótese, prevista no art. 34, da CF/88, ela se enquadraria: reorganizar as finanças das unidades da Federação ou prover a execução de ordem ou decisão judicial, visto que eles decorrem de condenação judicial do Estado em ações contra ele propostas?

Faça valer a pena

1. Sobre os entes federados, avalie as seguintes asserções e a relação proposta entre elas.

I. O art. 1º, caput, da CF/88, afirma ser a "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", constituindo-se em Estado Democrático de Direito.
PORQUE
II. Ela é composta pelos seguintes entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não a integrando os Territórios que a União possa vir a criar.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

(a) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
(b) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
(c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
(d) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
(e) As asserções I e II são proposições falsas.

2. O Estado do Rio Grande do Sul, em função do aumento dos gastos públicos em detrimento da receita, que não cresceu para acompanhá-lo, determinou o parcelamento dos salários de seus servidores públicos. No entanto, o STF afirmou ser a medida inconstitucional e determinou o pagamento integral dos salários. Caso a União entendesse ser necessário intervir no Estado, qual seria o fundamento, entre aqueles elencados no art. 34, da CF/88, mais adequado para fazê-lo?

(a) Pôr termo a grave comprometimento da ordem pública.
(b) Garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação.
(c) Reorganizar as finanças da unidade da Federação que suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior.
(d) Prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.
(e) Assegurar a observância do seguinte princípio constitucional sensível: prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

3. Na "Operação Caixa de Pandora", que foi realizada pela Polícia Federal e por membros do Ministério Público Federal, ficou demonstrado que o Governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, liderava um grupo de Secretários de Governo, Deputados Distritais, pelo Presidente do Legislativo local e pelo Vice-Governador. Esse grupo utilizava as funções públicas para desviar e apropriar-se do dinheiro público. Diante disso, o Procurador-Geral da República requisitou ao STF a intervenção federal no Distrito Federal. A partir disso, avalie as assertivas abaixo.

I. Em se tratando de medida excepcional, faz-se necessário o enquadramento em alguma das hipóteses previstas no art. 34, da CF/88, para que a intervenção federal possa ser decretada. No caso, ela se daria por violação ao princípio sensível que prevê a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático.
II. A intervenção federal poderia ser decretada por violação ao princípio sensível que prevê a necessidade de prestação de contas da Administração Pública, o que deixou de ser feito de forma correta pelo Governador do Distrito Federal.
III. A intervenção federal com base em qualquer dos princípios sensíveis elencados no art. 34, VII, da CF/88, classifica-se como espontânea, podendo o Presidente da República agir de ofício para decretá-la, configurando-se como ato discricionário.

É correto afirmar em:

(a) I, apenas.
(b) III, apenas.
(c) I e II, apenas.
(d) II e III, apenas.
(e) I, II e III.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário**: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERREIRA FILHO, Monoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo, Malheiros: 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Direitos e garantias fundamentais

Convite ao estudo

Iniciaremos o estudo dos Direito e garantias fundamentais. Vamos conhecer e analisar a evolução das gerações de direitos, as características, abrangência e aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, os deveres fundamentais e direitos individuais, coletivos e sociais e os remédios constitucionais: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

A CF/88 classifica-se, quanto a sua extensão, como uma Constituição analítica ou prolixa, como vimos na seção 1.1. Ela foi chamada de Constituição Cidadã, porque decorreu da queda do regime militar, período em que direitos foram suprimidos, cidadãos foram perseguidos e a imprensa, censurada. Na transição para o Estado Democrático de Direito, buscou-se, na elaboração da CF/88, com participação popular, assegurar direitos e garantias, para se evitar qualquer hipótese de arbítrio do Estado. A saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais, previstos no art. 6º, e como um direito de todos e como um dever do Estado no art. 196, além de outras previsões ao longo do texto constitucional.

Em nossa situação-problema, vimos que os pais de uma criança, portadora de uma doença rara, para a qual não existe um tratamento específico no país, pleitearam, em juízo, que o Governo Federal custeasse um tratamento experimental nos Estados Unidos, cujos resultados ainda não foram comprovados. Todavia, o custo desse tratamento experimental é equivalente à prestação de todos os serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares durante um ano para toda a população do estado do Maranhão. Diante disso, como você, analisaria o caso: determinaria o pagamento pelo

Governo Federal do tratamento dessa criança com fundamento do direito à vida, ou você negaria o aludido tratamento por seu alto custo, uma vez que os valores nele empregados poderiam custear a saúde do estado do Maranhão, com um dos mais altos índices de pobreza do país?

A partir dessa pergunta, que gera implicações em todo o estudo dessa unidade, vamos analisar, a cada seção de autoestudo, um aspecto do problema. Dessa forma, na seção 3.1, após o estudo das gerações de direitos, verificaremos em que geração de direitos melhor se enquadra o direito à saúde. Na seção 3.2, vamos compreender melhor os direitos e garantias fundamentais, suas características, analisando a abrangência e aplicabilidade do direito à saúde. Por sua vez, na seção 3.3, estudaremos especificamente as características dos seguintes remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança e mandado de segurança coletivo, para se verificar qual deles seria aplicável no caso explicitado. Por fim, na seção 3.4, analisaremos os demais remédios constitucionais: mandado de injunção e habeas data, além da ação popular, para analisar se o direito à saúde demanda regulamentação por lei infraconstitucional para que seja assegurado e, não tendo sido editada a aludida lei, qual o instrumento cabível para a realização desse direito.

Seção 3.1

Gerações de direitos

Diálogo aberto

Nesta unidade estudaremos as gerações de direitos, os direitos e garantias fundamentais, consagrados pela CF/88 e os chamados remédios constitucionais.

A saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais previstos, no art. 6º, e, no art. 196, como um direito de todos e um dever do Estado, além de outras previsões ao longo do texto constitucional. Os pais de uma criança portadora de uma doença rara, para a qual não existe um tratamento específico no país, pleitearam, em juízo, que o Governo Federal custeasse um tratamento experimental nos Estados Unidos, cujos resultados ainda não foram comprovados. Todavia, o custo desse tratamento experimental é equivalente à prestação de todos os serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares durante um ano para toda a população do Estado do Maranhão. Diante disso, como você, analisaria o caso? Determinaria o pagamento pelo Governo Federal do tratamento dessa criança com fundamento do direito à vida? Ou você negaria o aludido tratamento por seu alto custo, uma vez que os valores nele empregados poderiam custear a saúde do Estado do Maranhão, com um dos mais altos índices de pobreza do país?

Com base nesse questionamento, que permeará o estudo de toda a Unidade de Ensino, e a partir do estudo do tema "Gerações de direitos", você, mediante o estudo das gerações de direitos e suas características, considera que o direito à saúde, que é de todos, sendo ainda dever do Estado, é consagrado em qual das gerações de direitos? Trata-se de um direito positivo ou de um direito negativo? Relaciona-se a um fazer ou a um não fazer do Estado?

Para solucionar o problema proposto para essa seção 3.1, você deverá utilizar todo o material disponível. Não se esqueça do quanto é importante se familiarizar antecipadamente com os temas a serem

estudados, por meio da webaula correspondente e, na sequência, ler toda a seção aqui no livro didático, realizando as atividades que são propostas. Além disso, sempre que possível, pesquise mais sobre o tema. As indicações bibliográficas são um caminho para que você aprofunde o estudo de algum tópico que desperte a sua curiosidade. Quem sabe com base nessas indicações você comece a pesquisar sobre o tema e acabe se tornando um especialista no assunto?

Vamos, então, começar a análise dos temas propostos para a Seção 3.1?

Não pode faltar

Para iniciarmos os estudos dessa unidade de ensino, vamos compreender o que são os direitos fundamentais. Segundo Paulo, Alexandrino e Dias (2013, p. 154-155), os direitos humanos são aqueles que pertencem ao homem universalmente considerado, independente do ordenamento jurídico em que se insere ou de qualquer delimitação geográfica.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os reconhecidos como tais no ordenamento jurídico de determinado Estado, e seu estudo teve como marco a Revolução Francesa, o surgimento das Constituições francesa e americana, no século XVIII.

Figura 3.1 | Revolução francesa. "A liberdade iluminando o mundo".

Fonte: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Eug%C3%A8ne_Delacroix_-_La_libert%C3%A9_guidant_le_peuple.jpg>.

Agora, vamos fazer uma breve retrospectiva histórica e entender como o nascimento das gerações de direitos está diretamente relacionado com o momento cronológico em que os direitos foram incluídos no rol dos direitos fundamentais. Vamos, então, analisar as cinco gerações de direitos?

• 1ª geração: os direitos aqui incluídos surgiram no século XVIII, quando emergiu o Estado Liberal, que se opunha ao Estado Absolutista até então dominante na Europa. Eles tratavam especialmente dos chamados direitos negativos, por exigir um "não fazer" por parte do Estado em favor da liberdade do indivíduo. Referem-se, portanto, aos direitos civis, especialmente aqueles ligados à propriedade, e aos direitos políticos, com ênfase na participação política.

• 2ª geração: surgiram no início do século XX, com as pressões decorrentes do processo de industrialização crescente, o impacto do crescimento demográfico, o agravamento das disparidades sociais e o surgimento do Estado Social, que objetivava, em suma, a realização da justiça social. A partir disso, os direitos fundamentais adquiriram também a sua acepção positiva, passando o Estado a atuar, por meio de políticas públicas, por condições dignas de vida para uma parcela da população que permanecia à margem da sociedade. Assim, foram consagrados direitos correlatos à igualdade, tais como os direitos sociais, culturais e econômicos.

• 3ª geração: estes direitos foram consagrados ainda no século XX, sendo marcados pelo caráter difuso, ou seja, coletivo, quando o indivíduo deixa de ser considerado isoladamente para que a coletividade ganhe espaço. Estão ligados à fraternidade e à solidariedade, que devem existir entre os diferentes povos na fruição de bens considerados indivisíveis e imprescindíveis à existência das presentes e futuras gerações. Referem-se à preservação do meio ambiente, à proteção do patrimônio histórico e cultural, à paz, ao progresso e ao desenvolvimento.

Assimile

As três primeiras gerações de direitos podem ser sintetizadas pelas seguintes palavras-chave: 1ª geração: direitos negativos – liberdade. Ex.: direito de propriedade, diretos políticos, direito de locomoção, liberdade de crença religiosa etc.; 2ª geração: direitos positivos –

igualdade. Ex.: direitos sociais; 3ª geração: direitos difusos e coletivos – fraternidade e solidariedade. Ex.: preservação do meio ambiente, proteção do patrimônio histórico e cultural, paz e progresso.

Vale ressaltar que não existe na doutrina unanimidade a respeito da 4ª e da 5ª gerações de direitos. Vamos estudar algumas dessas concepções:

• 4ª geração: de acordo com Paulo Bonavides (apud PAULO; ALEXANDRINO; DIAS, 2013, p. 156), os direitos de 4ª geração se referem àqueles ligados à democracia à informação e ao pluralismo jurídico, de que depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, ligada à noção de máxima universalidade. Por outro lado, Norberto Bobbio (apud PAULO; ALEXANDRINO; DIAS, 2013, p. 156) entende que os direitos fundamentais de 4ª geração se referem aos direitos correlatos ao avanço da engenharia genética, que podem colocar em risco a própria existência humana.,

Pesquise mais

Para que você possa saber um pouco mais a respeito das concepções apresentadas, correlatas à 4ª e à 5ª gerações de direitos fundamentais, seguem algumas indicações de leituras:

• BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7-11.

• Paulo Bonavides também publicou excelente artigo a respeito do tema, intitulado "A quinta geração de direitos fundamentais". Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

• 5ª geração: por ocasião do Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional, realizado em Curitiba em 2006, a paz foi consagrada como direito fundamental da 5ª geração e é defendida como tal no artigo de Paulo Bonavides indicado acima. Dois instrumentos de direito internacional asseveram a importância e a necessidade do reconhecimento da paz, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

Vamos, ainda, pensar em mais um aspecto da cronologia das gerações de direitos:

Reflita

O advento de uma nova geração de direitos fundamentais não faz com que a geração anterior seja superada. Certo? É justamente por isso que parte da doutrina prefere chamar as gerações de "dimensões dos direitos fundamentais" para deixar claro que a consagração de novos direitos fundamentais implica o convívio desses direitos com os que foram anteriormente reconhecidos. Você consegue identificar na CF/88 direitos pertencentes às cinco gerações que estudamos?

Alguns autores sustentam, ainda, a existência de uma 6ª geração de direitos, correlata ao direito fundamental de acesso à água potável, ante a essencialidade dos recursos hídricos, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ainda não contemplar tal direito.

Pesquise mais

Recomenda-se que você aprofunde seus estudos lendo um pouco a respeito dessa 6ª geração de direitos:

• Manoel Nascimento de Souza publicou excelente artigo sobre a água potável enquanto direito fundamental, texto disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10330>. Acesso em: 18 fev. 2016.

• Outro texto que traz a evolução dos direitos fundamentais até a 6ª geração, sendo uma excelente fonte de pesquisa para complementar seus estudos, está disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>. Acesso em: 18 fev. 2016.

É importante, por fim, caracterizar os direitos fundamentais, bem como estudar a sua titularidade. Vamos analisar agora as suas características elencadas por José Afonso da Silva (2015, p. 182-184):

• Historicidade: os direitos fundamentais nascem, modificam-se e vão deixando de ser tão aclamados ao longo da história. Com

o passar do tempo, alguns quase caem no esquecimento e outros vão ganhando destaque. Os direitos fundamentais surgiram com a Revolução Burguesa e tiveram seu rol ampliado com o passar do tempo, rechaçando a fundamentação de que decorrem do direito natural, da essência humana e da natureza das coisas.

• Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não prescrevem com o decurso do tempo. Eles são permanentes. Nunca deixarão de existir. A prescrição somente compreende os direitos de caráter patrimonial, sem atingir a exigibilidade dos direitos personalíssimos, tais como os direitos fundamentais.

• Inalienabilidade: os direitos fundamentais não podem ser alienados, transferidos nem negociados, justamente por não possuírem conteúdo econômico ou patrimonial.

• Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais não podem, em regra, serem renunciados, ainda que o seu não exercício em muitos casos não seja vedado.

Exemplificando

Suponhamos que um indivíduo registre em cartório, para produzir efeitos em relação a todos (erga omnes), a sua renúncia à inviolabilidade de sua honra, direito fundamental garantido no art. 5º, X, da CF/88. Tal documento não teria validade, ante a irrenunciabilidade desse direito.

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado e da característica dos direitos fundamentais, que estudamos ser, em regra, irrenunciáveis, vamos pensar no caso da exposição à qual as pessoas se submetem ao participarem dos reality shows. Em se tratando de situação excepcional e temporária, seria válido o contrato firmado entre a emissora de televisão e o participante que renuncia temporariamente à inviolabilidade da privacidade, da imagem e da intimidade?

A essas características Paulo, Alexandrino e Dias (2013, p. 158-163) acrescentam as seguintes:

• Inviolabilidade: os direitos fundamentais não devem ser violados pela legislação infraconstitucional nem por atos administrativos expedidos por autoridades públicas. Todavia, uma norma infraconstitucional poderá impor restrições ao exercício de determinado direito fundamental previsto na CF/88. Note que a lei, nesse caso, pode impor limites e restrições ao exercício desses direitos, mas não poderá violá-los nem os suprimir, assumindo aqui relevância os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que determinam que essa lei limitadora dos direitos fundamentais deverá ser adequada, necessária e proporcional. A teoria que se refere a essas limitações que os direitos fundamentais podem sofrer é chamada de limite dos limites.

• Universalidade: os direitos fundamentais abrangem todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política ou filosófica.

• Efetividade: os direitos fundamentais devem ter a sua efetividade garantida pelo Poder Público.

• Interdependência: os direitos fundamentais são autônomos, mas mantêm interseções para assegurar a sua efetividade.

• Complementariedade: os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de alcançar os propósitos do legislador.

• Relatividade ou limitabilidade: os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta. O direito à vida, por exemplo, pode ser relativizado no caso de guerra declarada, conforme disposto no art. 5º, XLVII, da CF/88.

Sobre a titularidade dos direitos fundamentais, Vicente Paulo (PAULO; ALEXANDRINO; DIAS, 2013, p. 158-159) afirma que inicialmente eles eram atribuídos apenas às pessoas naturais, como o direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da CF/88. Posteriormente foram contemplados direitos que se aplicavam também às pessoas jurídicas, como o direito à existência de partidos políticos, de acordo com o art. 17, da CF/88. Mais recentemente, o Estado passou a ser entendido como titular de alguns direitos fundamentais reconhecidos, como o direito à requisição administrativa, nos termos do art. 5º, XXV, da CF/88.

Havendo conflitos entre direitos fundamentais, diante do caso concreto, segundo Vicente Paulo (PAULO; ALEXANDRINO; DIAS, 2013, p. 164), devemos: (i) afastar a tese de que existe hierarquia entre os direitos fundamentais; (ii) entender que, apesar do conflito, ambos os direitos fundamentais continuam em vigor no ordenamento jurídico; (iii) aplicar o princípio interpretativo da harmonização, que estudamos na seção 1.4, para emitir um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, partindo das características do caso concreto, para verificar qual deles deverá prevalecer, sem que reste o outro, contudo, aniquilado.

Exemplificando

Um exemplo de como isso funciona é o caso decidido pelo STF a respeito da desnecessidade de autorização para publicação de biografias (ADI 4.815), que, diante do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, além da inviolabilidade da honra e a dignidade da pessoa humana, afastou-se a hierarquia entre eles, restou entendido que, apesar do conflito, no caso, esses direitos continuam sendo consagrados no ordenamento jurídico e, aplicando-se o princípio da harmonização, foi emitido juízo de ponderação para definir que prevaleceria a liberdade de expressão. Contudo, o direito à intimidade, a inviolabilidade da honra e a dignidade da pessoa humana não foram aniquilados, restando ao biografado e à sua família todas as medidas cabíveis que podem ser adotadas na esfera penal e cível, no caso de supressão desses direitos. Assim, caso o exercício da liberdade de expressão pelo autor importe em calúnia ou difamação ou exponha o biografado e sua família ao ridículo, assegura-se por meio das ações penais e civil cabíveis à reparação desses danos.

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado e da aplicação do princípio da harmonização para solucionar os conflitos entre princípios fundamentais que surgem no caso concreto, vamos pensar no caso das ações que requerem o exame de DNA para que se possa aferir a paternidade do autor. Nesse caso, há um conflito entre a intangibilidade do corpo e a preservação da intimidade de um lado e, de outro, está a dignidade da pessoa humana daquele que busca o reconhecimento de sua paternidade. Diante disso, conforme estudamos, como devemos solucionar esse conflito?

Nesta seção você aprendeu um pouco mais sobre as gerações de direitos e sobre as características dos direitos fundamentais. Agora, juntos, o que pensa de buscarmos uma solução possível para a situação-problema desta seção?

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a resposta para a situação-problema apresentada nesta seção?

Para tanto, é preciso retomar o problema proposto no início desta unidade. A partir do estudo do tema "Gerações de direitos", como você, considera que o direito à saúde, que é de todos, sendo ainda dever do Estado? Ele está consagrado em qual das gerações de direitos? Trata-se de um direito positivo ou de um direito negativo? Relaciona-se a um fazer ou a um não fazer do Estado?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar que a doutrina consagra três gerações de direitos, sendo a 1ª correlata à consagração dos chamados direitos negativos, relativos à liberdade; a 2ª, relativa aos direitos positivos, em que se enquadram os direitos sociais; e a 3ª, associada aos direitos difusos e coletivos. Além disso, há autores que sustentam a existência de direitos de 4ª geração, como Bobbio (direitos relativos à engenharia genética) e Paulo Bonavides (direitos relativos à democracia, à informação e ao pluralismo jurídico). Este último autor defende ainda que a paz foi consagrada como direito fundamental de 5ª geração.

Poderíamos pensar que o direito à saúde melhor se enquadra em qual dessas gerações de direitos? Trata-se de direito que exige um agir ou um não agir do Estado para figurar como direito positivo ou negativo?

Além desses questionamentos, devemos, ainda, pensar no seguinte: o direito à saúde, analisado do ponto de vista da criança que precisa de um tratamento médico no exterior, conforme descrito, pertenceria a uma geração de direitos distinta do direito à saúde da população do Maranhão que poderia usufruir dos serviços de saúde e de tratamentos

médicos e hospitalares durante um ano com o custo do tratamento dessa criança no exterior?

Lembre-se

Havendo conflito entre princípios (no caso, o direito à saúde fundamenta tanto o tratamento da criança no exterior quanto à prestação de serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares para a população do Maranhão), utiliza-se o princípio da harmonização, que retira a hierarquia entre eles, reconhece que os direitos continuarão válidos e vigentes no sistema jurídico e promove o sopesamento desses princípios.

E, você, como avalia a questão relativa ao direito à saúde? Trata-se de direto positivo ou negativo? Em que geração de direitos estaria contido?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que podem ser encontradas no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Análise da geração de direitos em que se enquadra o direito ao transporte e aplicação do princípio da harmonização em caso de conflito entre direitos fundamentais no caso concreto	
1. Competência de fundamento de área	Compreender a classificação das gerações de direitos e as características dos direitos fundamentais que nelas se incluem.
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender os reflexos dessa classificação, especialmente a historicidade dos direitos fundamentais e os reflexos no direito ao transporte, e a aplicação do princípio da harmonização havendo o conflito desse direito com outros direitos fundamentais.
3. Conteúdos relacionados	Gerações de direitos; características dos direitos fundamentais; conflitos entre direitos no caso concreto: aplicação do princípio da harmonização.

4. Descrição da Situação-Problema	O direito ao transporte foi incluído pela EC n. 90/2015 no art. 6º da CF/88. Mesmo antes da edição dessa Emenda, o direito ao transporte já estava sendo objeto de amplos debates envolvendo a Prefeitura de São Paulo, que adotou recentemente medidas em prol da mobilidade urbana, com a criação de faixas exclusivas para ônibus e ciclofaixas em toda a capital. Os usuários do transporte coletivo defendem essas medidas, que favoreceram os moradores dos pontos mais distantes da cidade. Por sua vez, os que usam veículos próprios para se locomover na cidade não concordam com as medidas, porque as pistas para o trânsito de carros na capital foram reduzidas. Diante disso, em que geração de direitos se enquadra o direito ao transporte? Trata-se de um direito absoluto? Como solucionar o conflito entre o direito ao transporte, para aquela parcela da população que dele depende e que faz grandes deslocamentos na cidade, e o direito de ir e vir daquele que utiliza seu carro ou mesmo o transporte fretado para se locomover na cidade?
5. Resolução da Situação-Problema	Para resolver a questão, vamos retornar às gerações dos direitos fundamentais. Em qual delas o direito ao transporte se enquadra? Trata-se de um direito positivo ou negativo? Como a solução do conflito posto é feita a partir do princípio da harmonização?

Lembre-se

Para solucionar a questão, será necessário que você se lembre de que a doutrina consagra três gerações de direitos, sendo a 1ª correlata à liberdade, a 2ª, relativa aos direitos sociais, e a 3ª, aos direitos difusos e coletivos. Além disso, há autores que sustentam a existência de direitos de 4ª geração, como Bobbio e Paulo Bonavides, este último ainda defende que a paz foi consagrada como direito fundamental de 5ª geração. Além disso, havendo conflito entre princípios, utiliza-se o princípio da harmonização, que retira a hierarquia entre eles, reconhece que os direitos continuarão válidos e vigentes no sistema jurídico e promove o sopesamento desses princípios. Com base nisso, o direito ao transporte se enquadraria mais precisamente em qual das gerações de direitos? E como solucionar o aludido conflito?

Faça você mesmo

Com base no que estudamos nesta seção, você se postou diante de questões que levam em consideração a análise das gerações de direitos, suas características e o conflito entre direitos fundamentais no caso concreto. Assim, analise: o direito à cultura se insere em qual das gerações de direitos? Pode ser limitado por lei infraconstitucional ou deve ser plenamente gozado por seus destinatários? O grafite,

enquanto manifestação cultural, pode ser feito no muro de um condomínio de residências sem autorização dos condôminos? Havendo um conflito entre o direito à cultura e a liberdade de expressão dos grafiteiros e o direito de propriedade e da inviolabilidade do domicílio, como o princípio da harmonização pode ser utilizado para solucionar a questão?

Faça valer a pena

1. Considere as assertivas a seguir, julgando-as como corretas ou incorretas:
I. O direito à moradia, (art. 6º, da CF/88), por meio da EC 26/2000, exige uma prestação positiva do Estado ao cidadão, enquadrando-se entre os chamados direitos de 2ª geração.
II. O direito à liberdade de locomoção no território nacional em tempos de paz, previsto no art. 5º, XV, da CF/88, é um direito negativo, revelando a necessidade de um não fazer do Estado para que se realize, o que caracteriza dos chamados direitos da 1ª geração.
III. Compete aos Municípios promover a proteção do patrimônio histórico e cultural local (art. 30, IX, da CF/88), que protege direitos difusos e coletivos que pertencem à 3ª geração.

É CORRETO o que se afirma em:

a) I, apenas.
b) III, apenas.
c) I e II, apenas.
d) II e III, apenas.
e) I, II e III.

2. Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da CF/88, está o de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Considerando o estudo das gerações de direitos, pode-se afirmar que o referido objetivo fundamental está em consonância com os direitos de:

a) 1ª geração.
b) 2ª geração.
c) 3ª geração.
d) 4ª geração.
e) 5ª geração.

3. Desde os ataques a Paris, ocorridos em 13 de novembro 2015, e a derrubada de um voo comercial russo no mês anterior, atentados reivindicados pelo estado Islâmico, inúmeras ofensivas a territórios do Iraque e da Síria, ocupados pela organização, foram deflagradas pela Rússia, pela França e por outros países que temiam novos ataques. O grupo extremista tenta, por meio do terrorismo, chamar a atenção do mundo para a difusão do islamismo sunita sob a lei charia e para a criação de um califado. Diante disso, avalie as assertivas seguintes e, na sequência, assinale a alternativa CORRETA:

I. Os atentados terroristas têm imposto restrições às liberdades civis, como o direito de ir e vir em alguns pontos da Europa que enrijeceram o seu controle de fronteiras, o que demonstra que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações em casos excepcionais como esse.
II. O grupo é particularmente violento contra muçulmanos xiitas, cristãos armênios, assírios, yazidis, violando, assim, uma das liberdades essenciais, que é a liberdade religiosa e de culto, direito de 2ª geração.
III. Além da violência, o Estado Islâmico adota a chamada "limpeza cultural", provocando a destruição de vários patrimônios históricos e culturais, considerados patrimônios da humanidade, tais como a cidade da Hatra, fundada no século III a.C., o túmulo e santuário do profeta Jonas, o santuário de São Jorge, construído no século XIV, o que afronta os chamados direitos difusos e coletivos de 3ª geração.
IV. Ao adotar a metodologia da violência em si mesmo, desligada de qualquer finalidade justificável, o Estado Islâmico atenta contra a paz, direito de 4ª geração, segundo Paulo Bonavides.

a) Somente o item I é verdadeiro.
b) Somente o item III é verdadeiro.
c) Somente os itens I e III são verdadeiros.
d) Somente os itens I e IV são verdadeiros.
e) Somente os itens II e IV são verdadeiros.

Seção 3.2

Direitos e garantias fundamentais

Diálogo aberto

Vamos retomar a situação geradora de aprendizagem:

A saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais, previstos no art. 6º, e, no art. 196, como um direito de todos e como um dever do Estado. Os pais de uma criança portadora de uma doença rara, para a qual não existe um tratamento específico no país, pleitearam, em juízo, que o Governo Federal custeasse um tratamento experimental nos Estados Unidos, cujos resultados ainda não foram comprovados. Todavia, o custo desse tratamento experimental é equivalente à prestação de todos os serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares durante um ano para toda a população do estado do Maranhão. Diante disso, como você, decidiria o caso? Determinaria o pagamento pelo Governo Federal do tratamento dessa criança com fundamento do direito à vida? Ou você negaria o aludido tratamento por seu alto custo, uma vez que os valores nele empregados poderiam custear a saúde do Estado do Maranhão?

Relembrando o problema, destacamos na seção anterior que a CF/88 consagra inúmeros direitos e garantias fundamentais que não estão apenas no seu art. 5º. A CF/88 classifica-se, quanto à sua extensão, como uma Constituição analítica ou prolixa, como vimos na seção 1.1.

Na seção 3.1, fizemos o estudo sobre gerações de direitos, suas características e a maneira como solucionar o conflito entre direitos fundamentais no caso concreto.

Nesta seção 3.2 analisaremos especialmente a abrangência e a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Buscaremos aqui argumentos para responder à seguinte situação-problema: a partir da compreensão da abrangência e da aplicabilidade desses direitos, como você, analisa o direito à saúde? Conforme a classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, ele teria

eficácia plena, contida ou limitada? Trata-se de um direito absoluto?

Não pode faltar

Os direitos e garantias fundamentais não estão apenas no art. 5º e no art. 6º, da CF/88. O esquema seguinte exemplifica alguns dos direitos e garantias fundamentais que estudaremos nesta seção e outros que serão objeto de nossa análise na próxima unidade. Além disso, o próprio art. 5º, §2º, da CF/88 determina que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45/2002 que inseriu o §3º ao art. 5º da CF/88 adquiriram o status de supralegalidade, ou seja, estão acima das normas infraconstitucionais mas abaixo das normas constitucionais.

Uma vez que se trata de um tema bastante interessante e ainda controverso, fica a seguir uma indicação de uma leitura complementar para que você possa continuar pesquisando a respeito.

Pesquise mais

Sobre o status dos tratados internacionais a respeito dos direitos humanos, leia o artigo seguinte, que pormenoriza os efeitos do julgamento do RE 466.343-1/SP pelo STF: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Agora vamos analisar os principais direitos e garantias fundamentais, consagrados na CF/88?

- Direito à vida e à integridade física: o direito à vida, bem como à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade estão consagrados no art. 5º, caput, da CF/88. No entanto, esses direitos são relativizados no próprio art. 5º, XLVII, que releva que não haverá pena de morte, exceto em caso de guerra externa declarada pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88. Atente-se para o

fato de que o citado inciso XLVII afasta, em qualquer caso, penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

- Igualdade ou isonomia (art. 5º, I, da CF/88): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que compreende os brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros, residentes ou não no país. Somente a CF/88 poderá excepcionalmente estabelecer distinções entre eles, mas garante a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade. Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 117), trata-se de norma de eficácia limitada.

- Legalidade (art. 5º, II, da CF/88): atinge os particulares que, diante da omissão da lei, podem fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíba. Isso não significa que não estejam vinculados à lei, mas diferentemente dos servidores públicos, que se submetem ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, da CF/88, podem optar pela ação ou omissão em caso de lacuna na legislação. De acordo com José Afonso da Silva (2012, p. 117), trata-se de norma de eficácia limitada.

- Liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF/88): é assegurada a livre manifestação do pensamento, sendo vedado, entretanto, o anonimato. Obviamente a liberdade de expressão possui, como todo direito fundamental, a característica da relatividade, ou seja, não se trata de direito absoluto. O seu exercício em excesso, quando provocar violação de outros direitos fundamentais, enseja o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem, previsto no art. 5º, V, da CF/88, que poderá ser exercido tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas.

- Liberdade de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII, da CF/88): evidencia a adoção pela CF/88 de um Estado laico. Também chamada de escusa de consciência, esse direito fundamental possibilita que o indivíduo se recuse a cumprir obrigações que colidam com suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, sem que isso acarrete restrições a seu direito, gerando, no entanto, o dever de adimplir com a prestação alternativa fixada em lei.

- Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X, da CF/88): em caso de violação, é assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação, bastando, para fins de dano moral, que haja a ofensa a um dos

bens jurídicos tutelados: intimidade, vida privada, honra ou imagem. A partir do estudo do direito fundamental assegurado no art. 5º, X, da CF/88, vamos pensar no caso do sigilo fiscal:

Reflita

Como sustentar as hipóteses de quebra de sigilo bancário (decisão judicial, determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, determinação do Ministério Público) em caso de procedimento administrativo tendente à defesa do patrimônio público e pelas autoridades fiscais, em caso de processo administrativo instaurado?

Para responder essa questão, vamos pensar na abrangência da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. O sigilo bancário estaria, então, abarcado na esfera de privacidade das pessoas? Além disso, vamos retomar uma das principais características dos direitos e garantias fundamentais: a relatividade ou limitabilidade, que determinam que eles não possuem natureza absoluta. Com base nessa característica, seria possível a determinação de quebra de sigilo fiscal?

E aí? Como você responderia a referida questão?

Vamos, então, a mais um direito fundamental:

- Há garantia do sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF/88): no entanto, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é ressalvada no dispositivo constitucional desde que seja realizada em investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial, na forma que a Lei n. 9.296/1996 estabelecer, relevando tratar-se de norma de eficácia relativa restringível, conforme a classificação de Maria Helena Diniz (2009, p. 118).

- Livre exercício de qualquer profissão (art. 5º, XIII, da CF/88): tem-se aqui outra norma de eficácia contida, conforme a classificação de José Afonso da Silva (2012, p. 104), ou de norma de eficácia relativa restringível, de acordo com a classificação de Maria Helena Diniz (2009, p. 118), uma vez que fica determinado que se atenda às qualificações profissionais que a lei estabelecer, podendo, assim, a norma infraconstitucional restringir o âmbito de atuação da proteção aqui prevista.

- Direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF/88): a garantia do direito de reunião se coaduna com a liberdade de expressão e com o regime democrático. Nesse sentido, o STF entendeu, no HC 4.781/BA, ser legítima a "marcha da maconha", movimento que foi às ruas pela legalização da *cannabis*. No entanto, o direito de reunião é norma de eficácia relativa restringível, segundo a classificação de Maria Helena Diniz (2009, p. 118), uma vez que não poderá frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo exigido aviso prévio à autoridade competente, que a reunião seja pacífica, sem o uso de armas, e que ocorra em locais abertos ao público.

- Direito de associação (art. 5º, XVII a XXI, da CF/88): a CF/88 considera pleno o direito de associação para fins lícitos, mas veda a associação de caráter paramilitar, ou seja, de grupos armados, que atuam paralelamente à lei, com objetivos político-partidários, religiosos ou ideológicos. Esse direito também se relaciona à liberdade de expressão e ao exercício da democracia.

- Direito de propriedade (art. 5º, XXII a XXVI, da CF/88): a CF/88 assegura o direito de propriedade, consagrado pela 1ª geração de direitos, atinentes à liberdade, devendo atender à sua função social. No entanto, a própria CF/88 traz as hipóteses em que esse direito será relativizado. São casos de desapropriação os a seguir destacados: (i) desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV); (ii) desapropriação urbana (art. 182, §4º): é faculdade do Município, desde que incluído em seu Plano Diretor, exigir, conforme determinado na Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), do proprietário de solo urbano não utilizado, subutilizado ou não edificado que promova o seu adequado aproveitamento, em atenção ao princípio da função social da propriedade, sob pena sucessivamente de: (a) parcelamento ou edificação compulsórios; (b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e (c) desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública de emissão previamente autorizada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais; (iii) desapropriação rural (art. 184; (iv) desapropriação de uso ou requisição administrativa (art. 5º, XXV): no caso de iminente perigo público, a propriedade poderá ser desapropriada para uso, sendo somente cabível o pagamento de indenização posterior, apenas se apurado dano. Conforme diz José Afonso da Silva

(2012, p. 111), trata-se de norma de eficácia contida; (v) desapropriação confiscatória (art. 243). Por fim, em relação ao direito à propriedade, cumpre notar que a pequena propriedade rural, definida no art. 4º, II, da Lei n. 8.629/1993, como aquela com área compreendida entre um e quatro módulos rurais, é impenhorável para pagamento de débitos da atividade produtiva, desde que trabalhada pela família, conforme art. 5º, XXVI.

- Direito de petição e obtenção de certidões independentemente de pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV): qualquer cidadão pode exercer o direito de petição em relação aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, tratando-se, portanto, de remédio democrático, informal e não oneroso. O direito de certidão também é não oneroso e informal, mas não exige a demonstração da situação de interesse pessoal a ser esclarecida.

- Inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88): princípio que afirma que a lei não poderá excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 97), trata-se de normas de eficácia plena. Decorre desse princípio o entendimento de que não seja necessário se esgotar a via administrativa para se recorrer ao Judiciário, exceto em lides desportivas, conforme art. 217, §1º, da CF/88, reclamação perante o STF contra descumprimento de súmula vinculante pela Administração Pública, nos termos do art. 7º, §1º, da Lei n. 11. 417/2006, e o habeas data, que será estudado na seção 3.4.

- O direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88): a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, em consonância com o princípio da segurança jurídica. Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 117), trata-se de norma de eficácia limitada.

- Princípio da retroatividade benéfica (art. 5º, XL, da CF/88): a lei não poderá retroagir, salvo se isso ocorrer em benefício do réu.

Exemplificando

O art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, determinou a redução da pena de um sexto a dois terços em caso de o agente acusado de tráfico

de drogas, nas modalidades descritas no §1º, do citado artigo, ser réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre facção criminosa. A referida redução de pena não estava prevista no art. 12, da Lei n. 6.368/1976, aplicando-se retroativamente aos casos em curso, ainda que neles já tenha sido proferida decisão transitada em julgado, conforme art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Faça você mesmo

Diante do exemplo anteriormente dado, que tal buscarmos outros dispositivos que, com base no art. 5º, XL, da CF/88, admitem a retroatividade da lei mais benéfica. Uma lei que determina a redução da multa incidente pelo não pagamento de tributo devido pelo contribuinte até a data de vencimento, com característica de penalidade, portanto, se aplica aos casos pendentes, por força do citado art. 5º, XL, da CF/88? O que você acha?

- Princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88): compreende a garantia de não haver juízo ou tribunal de exceção, ou seja, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, bem como proíbe o julgamento por essas autoridades de matérias para as quais não sejam competentes.

- Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88): trata-se de cláusula de proteção contra a tirania do Estado. Ele possui a chamada eficácia vertical, por regular as relações entre Estados e cidadãos, e a eficácia horizontal, por regular as relações entre particulares. O dever de atender à proporcionalidade e à razoabilidade, que pode ser identificado a partir de adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito, emana da dimensão substancial do devido processo legal.

- Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88): o contraditório pode ser estudado em duas acepções: (i) formal: garantia à parte do direito de ser ouvida, participando, assim, da produção da decisão a ser aplicada ao caso; (ii) material: garantia à parte dos instrumentos necessários para influenciar a decisão, ou seja, a ampla defesa. As liminares, que são proferidas antes mesmo da citação

da parte contrária, representam a mitigação do contraditório em prol da efetividade do processo.

- Princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88): ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse princípio decorre da máxima *in dubio pro reo*. Sendo assim, em matéria penal, o empate na votação no julgamento nos tribunais do Poder Judiciário deverá beneficiar o réu. O princípio impede, ainda, a proibição da prisão do réu antes da condenação transitada em julgado, ressalvada a hipótese de prisão preventiva e das prisões cautelares (temporária e em flagrante).

Lembre-se

O rol de direitos fundamentais não é exaustivo. É importante lembrar da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, da CF/88): o citado dispositivo elenca três hipóteses em que a inviolabilidade de domicílio é excepcionada nos casos de: (i) flagrante delito ou desastre; (ii) prestação de socorro; e (iii) durante o dia, por determinação judicial. Quanto à aplicabilidade, trata-se também de norma de eficácia relativa restringível, de acordo com a classificação de Maria Helena Diniz (2009, p. 118).

Pesquise mais

O texto a seguir é a fonte mais completa de pesquisa sobre os direitos e garantias fundamentais entre os manuais de Direito Constitucional brasileiros:

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255-425 e p. 454-694.

Passemos, por fim, à análise dos direitos sociais, previstos especialmente no art. 6º, da CF/88. Trata-se de, nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 346), "prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos". Os direitos sociais estão na CF/88 eminentemente localizados do art. 6º ao art. 11, mas há outros, tais como a assistência social, situados fora desse

rol. Eles são apontados como exemplos dos direitos de 2ª geração, estudados na seção 3.1. Vale notar que o art. 6º, da CF/88, corresponde à norma programática, conforme a classificação de José Afonso da Silva, de eficácia limitada, ou seja, depende de regulação por norma infraconstitucional para a produção de seus regulares efeitos.

Sem medo de errar

Nesta seção estudamos os principais direitos fundamentais, além de apontarmos a sua abrangência e aplicabilidade em cada caso. Vamos, então, responder à seguinte situação-problema: a partir da compreensão da abrangência e da aplicabilidade desses direitos, como você, renomado jurista, analisa o direito à saúde? Conforme a classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, ele teria eficácia plena, contida ou limitada? Trata-se de um direito absoluto?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar que o direito à saúde é um dos direitos sociais, elencados no art. 6º da CF/88, considerado, portanto, direito de 2ª geração, que tem por fundamento a igualdade e demanda a atuação do Estado, ao contrário dos direitos de 1ª geração, que são considerados direitos negativos.

Com base em tudo o que estudamos nesta seção, e pensando nas questões anteriormente lembradas, como você classificaria o direito à saúde quanto à sua aplicabilidade?

Lembre-se

Lembre-se de que a classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais, quanto à sua aplicabilidade, nos revela três tipos de normas: (i) as de eficácia plena, que possuem aplicação e efeitos imediatos; (ii) as de eficácia contida, que possuem aplicação imediata e efeitos mediatos, podendo ter seu campo de atuação restringido por norma infraconstitucional; e (iii) as de eficácia limitada, que possuem aplicação mediatas e somente efeitos jurídicos, por depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que podem ser encontradas no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Análise da abrangência do direito à saúde à luz da classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, de Maria Helena Diniz	
1. Competência de fundamento de área	Compreender como se caracteriza o direito à saúde e como ele se classifica quanto à sua aplicabilidade, de acordo com a classificação proposta por Maria Helena Diniz.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente a abrangência e a aplicabilidade do direito à saúde, conforme a classificação proposta por Maria Helena Diniz.
3. Conteúdos relacionados	• Direito à saúde. • Direito social. • Classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade por Maria Helena Diniz.
4. Descrição da Situação-Problema	A saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais, previstos no art. 6º, e como um direito de todos, e como um dever do Estado no art. 196, além de outras menções ao longo do texto constitucional. Como o direito à saúde pode ser classificado quanto à sua aplicabilidade, de acordo com Maria Helena Diniz? Tratar-se-ia de norma de eficácia absoluta, plena, relativa restringível ou relativa dependente de complementação legislativa?
5. Resolução da Situação-Problema	Como resolver à classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, conforme Maria Helena Diniz? O direito à saúde, fazendo parte daquele núcleo rígido e imutável da CF/88, enquanto direito fundamental, será uma norma de eficácia absoluta? Independe de regulamentação para a produção de seus efeitos, configurando-se como norma de eficácia plena? Pode ser seu campo de atuação restrito por norma infraconstitucional, tais como as normas de eficácia relativa restringível? Ou depende de regulamentação infraconstitucional para a produção de seus regulares efeitos, como ocorre com as normas de eficácia relativa dependentes de complementação legislativa?

Lembre-se

Para solucionar a questão, você deverá se lembrar de que Maria Helena Diniz elaborou outra classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, dividindo-as em: (i) normas de eficácia absoluta, sendo aquelas que não podem ser contrariadas sequer por emenda constitucional, como as cláusulas pétreas; (ii) normas de eficácia plena, ou seja, aquelas prontas para produzirem seus efeitos desde a sua entrada em vigor; (iii) normas de eficácia relativa restringível, tais como aquelas classificadas por José Afonso da Silva como norma

de eficácia contida; e (iv) normas de eficácia relativa dependentes de complementação legislativa, ou seja, aquelas que dependem de regulamentação por norma infraconstitucional para a produção de seus regulares efeitos.

Faça você mesmo

Depois de estudar esta seção, você está habilitado a responder diversas questões que levam em consideração a abrangência e a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Vamos, então, pensar no direito ao transporte, que foi inserido no rol do art. 6º, da CF/88, por meio da Emenda Constitucional 90/2015. Como deve ser avaliada, de acordo com José Afonso da Silva, a classificação desse direito quanto à sua aplicabilidade? E de acordo com Maria Helena Diniz? Trata-se de direito fundamental absoluto?

Faça valer a pena

1. No RE 511.961/SP, o STF decidiu que é dispensada a exigência de diploma de curso superior de jornalismo, registrado no Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.
Com base nessas informações, avalie as assertivas seguintes:
I. A dispensa do diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação fundamenta-se no fato de que o jornalista é aquela pessoa que se dedica profissionalmente ao exercício da liberdade de expressão e do direito à informação.
II. Para se entender pela dispensa do diploma, no caso, faz-se necessário compreender o dispositivo que prevê o livre exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas na lei, de acordo com outros princípios fundamentais, como a liberdade de pensamento –sendo vedado o anonimato –, a liberdade de expressão e o acesso à informação.
III. A norma prevista no art. 5º, XIII, da CF/88, que determina ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", é norma de eficácia plena, conforme a classificação de José Afonso da Silva.

A respeito dessas asserções, assinale a opção CORRETA.
a) As asserções I, II e III são proposições verdadeiras.

b) Apenas as asserções I e II são proposições verdadeiras.
c) Apenas as asserções I e III são proposições verdadeiras.
d) Somente a asserção III é uma proposição verdadeira.
e) Todas as asserções são falsas.

2. O art. 5º, VI, da CF/88 consagra a inviolabilidade da "liberdade de consciência e de crença". Com base nesse direito fundamental, assinale a alternativa INCORRETA:

a) Em decisão proferida em 16/09/2014, o Conselho Nacional de Justiça se manifestou no sentido de que não mais autorizará que os candidatos que professam a fé Adventistas do Sétimo Dia realizem provas em concurso para juiz em horário diferenciado, ou seja, após o pôr do sol, uma vez que reservam o dia para reflexões dos dogmas da religião, o que viola o art. 5º, VI e VIII, da CF/88.
b) O art. 33 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) determina que, apesar de ser parte integrante da formação básica do cidadão, o ensino religioso é de matrícula facultativa, o que evidencia respeito aos direitos assegurados no art. 5º, VI e VIII, da CF/88.
c) Os feriados religiosos, especialmente a Sexta-feira da Paixão, o Corpus Christi e o Natal, se vistos como fruto de tradições históricas, não violam os direitos assegurados no art. 5º, VI e VIII, da CF/88, até porque não vinculam a participação em cultos religiosos cristãos nessas datas.
d) Afixar crucifixo em repartições públicas pode ser considerado violação ao direito à liberdade religiosa, especialmente se verificado que a CF/88 consagra o Estado laico.
e) O direito à liberdade religiosa não abrange o direito ao ateísmo, uma vez que se trata da negativa de qualquer culto ou religião, não estando ele abarcado no art. 5º, VI e VIII, da CF/88.

3. A Lei n. 12.737/2012, que tipificou os chamados crimes de informática, busca fundamento no seguinte direito elementar:

a) Princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF/88).
b) Liberdade de pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, da CF/88).
c) Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88).
d) Inviolabilidade da casa, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador (art. 5º, XI, da CF/88).
e) Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF/88).

Seção 3.3

Direitos individuais, coletivos e sociais

Diálogo aberto

Vamos a mais uma seção do nosso estudo da Teoria Geral do Direito Constitucional. Estamos estudando direitos e garantias fundamentais e nesta seção vamos novamente retomar a situação geradora de aprendizagem: a saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais, previstos no art. 6º, e como um direito de todos e como um dever do Estado no art. 196, além de outras previsões ao longo do texto constitucional. Os pais de uma criança portadora de uma doença rara, para a qual não existe um tratamento específico no país, pleitearam, em juízo, que o Governo Federal custeasse um tratamento experimental nos Estados Unidos, cujos resultados ainda não foram comprovados. Todavia, o custo desse tratamento experimental é equivalente à prestação de todos os serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares durante um ano para toda a população do Estado do Maranhão. Diante disso, como você, decidiria o caso? Determinaria o pagamento pelo Governo Federal do tratamento dessa criança com fundamento do direito à vida ou você negaria o aludido tratamento por seu alto custo, uma vez que os valores nele empregados poderiam custear a saúde do Estado do Maranhão, com um dos mais altos índices de pobreza do país?

Relembrando o problema, destacamos na seção anterior que a CF/88 consagra inúmeros direitos e garantias fundamentais que não estão apenas no seu art. 5º. A CF/88, quanto à sua extensão, classifica-se como uma Constituição analítica ou prolixa, como vimos na seção 1.1. Ela foi chamada de Constituição Cidadã porque decorreu da queda do regime militar, período em que direitos foram suprimidos, cidadãos foram perseguidos e a imprensa, censurada. Na transição para o Estado Democrático de Direito, buscou-se na elaboração da CF/88, com participação popular, assegurar direitos e garantias, para se evitar qualquer hipótese de arbítrio do Estado.

Nesta seção 3.3, estudaremos alguns dos remédios constitucionais: o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo. A partir deste estudo responderemos à seguinte questão: os pais da criança citada na situação apresentada solicitam que você, renomado jurista, elabore parecer sobre o remédio constitucional mais adequado para requerer que o Governo brasileiro pague o tratamento experimental da criança nos Estados Unidos. Diante do problema apresentado, como você se posiciona? Seria cabível mandado de segurança? E o *habeas corpus*?

Não pode faltar

José Afonso da Silva (2015, p. 445) afirma que os remédios constitucionais são "meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais". Segundo o autor, eles são garantias constitucionais, destinados ao gozo de direitos violados, gravemente ameaçados ou não atendidos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 348-349) sustenta, apesar de ser consagrada pela doutrina, a consideração de que a expressão "remédios constitucionais" não seria a mais adequada. Segundo o autor, "entretanto, é ela consagrada para designar 'uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos' (Alfredo Buzaid), as chamadas 'liberdades públicas', ou direitos fundamentais do homem". O autor prefere, pois, usar a expressão "garantias de Direito Constitucional".

São remédios constitucionalmente previstos: (i) *habeas corpus*: art. 5º, LXVIII; (ii) mandado de segurança: art. 5º, LXIX; (iii) mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX; (iv) mandado de injunção: art. 5º, LXXI; (v) *habeas data*: art. 5º, LXXII; e (vi) ação popular: art. 5º, LXXIII.

Entre esses remédios, José Afonso da Silva (2015, p. 445-447) elenca também o direito de petição e o direito a certidões, independentemente do recolhimento de taxas, conforme previsto no art. 5º, XXXIV, da CF/88. Conforme vimos na seção 3.2, qualquer cidadão pode exercer o direito de petição em face de qualquer autoridade do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, em defesa

de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, tratando-se, portanto, de remédio democrático, informal e não oneroso. O direito de certidão também é não oneroso e informal, mas não exige a demonstração da situação de interesse pessoal a ser esclarecida.

Nesta seção, estudaremos o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo.

Figura 3.2 | Habeas Corpus

Fonte: <http://revistaleite.com.br/presos-por-fraude-no-leite-em-teutonia-conseguem-habeas-corpus>. Acesso em: 21 jan. 2016.

Vamos começar analisando o *habeas corpus*, previsto no art. 5º, LXVIII, da CF/88. Trata-se de ação penal de natureza constitucional, que objetiva prevenir ou sanar a violação ou coação à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Esse remédio surgiu na Inglaterra com a Magna Carta de 1215, que, conforme estudamos na seção 1.1, classifica-se como uma Constituição pactuada, ou seja, decorrente de um pacto entre rivais. No Brasil ele foi previsto a partir da primeira Constituição Republicana de 1891 e foi trazido por Rui Barbosa. Naquela época, o *habeas corpus* tutelava todos os direitos fundamentais, tendo uma atuação muito mais ampla. Hoje, ele tutela apenas o direito à liberdade de locomoção, entendido em sentido amplo para compreender as ameaças, ainda que indiretas, a esse direito.

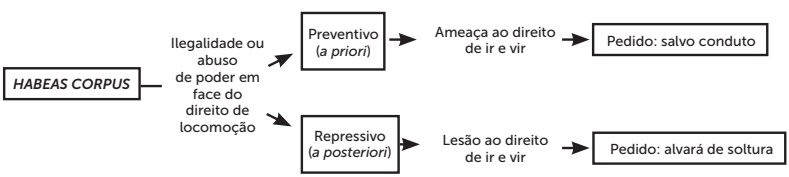
Trata-se, nos termos do art. 5º, LXXVII, da CF/88, de uma ação constitucional gratuita, que não tem forma definida, ou seja, não demanda o preenchimento dos requisitos para a petição inicial elencados no art. 319, do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Além disso, não exige capacidade postulatória, podendo ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica. No caso, a pessoa jurídica somente pode manejá-lo em relação a seus sócios.

Assimile

No *habeas corpus*, identificamos três figuras: a) Impetrante: aquele que impetra a ordem; b) Impetrado: a autoridade coatora, que atuou com ilegalidade ou com abuso de poder; c) Paciente: aquele que será beneficiado pelo remédio constitucional, ou seja, aquele que sofreu a ameaça ou a violação ao direito à liberdade de locomoção. O paciente pode impetrar o habeas corpus, atuando também como impetrante. Isso ocorre porque se trata de ação em que não se exige capacidade postulatória, podendo, inclusive, o Ministério Público manejá-lo.

O *habeas corpus* pode ser impetrado em duas modalidades: (i) preventivo: em caso de constrangimento iminente, fundado e concreto do direito de locomoção; e (ii) repressivo ou liberatório: quando consumado o constrangimento à liberdade de ir e vir. O remédio constitucional não é cabível em caso de punições disciplinares militares, que, segundo Pontes de Miranda (apud FERREIRA FILHO, 2015, p. 351-352), possuem os seguintes requisitos: (i) hierarquia, devendo o transgressor estar subordinado a quem o pune; (ii) poder disciplinar, devendo a lei atribuir poder de punir a esse superior; (iii) ato ligado à função, como fundamento da punição que deve se ligar à função do punido; e (iv) pena, enquanto sanção prevista em lei. Se faltar qualquer desses requisitos não há, na verdade, transgressão disciplinar.

Figura 3.3 | Modalidades de Habeas corpus



Fonte: Elaborada pela autora.

O mandado de segurança, art. 5º, LXIX, da CF/88, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 352-353), corresponde a remédio constitucional de criação brasileira, previsto pela primeira vez na Constituição de 1934, ignorado na Constituição de 1937 e reeditado nas Constituições de 1946, 1967 e 1988. Hoje ele é regulamentado pela Lei 12.016/2009. Ele decorre do entendimento segundo o qual o habeas corpus não mais se aplicava para a proteção de todos os direitos fundamentais, mas tão somente da liberdade de locomoção.

Justamente por proteger direito subjetivo individual e líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem por *habeas data*, é um remédio constitucional de natureza jurídica residual ou supletiva. Além disso, a ilegalidade ou o abuso de poder a ser combatido pelo mandado de segurança devem ter sido praticados por autoridade pública ou por pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Direito líquido e certo pode ser definido como decorrente de fatos que possam ser comprovados de plano, sem que seja necessária a dilação probatória. Não cabe mandado de segurança em casos de direito que, por mais que se configure como líquido e certo, já tenha sido objeto de coisa julgada, ou seja, em processo que tenha transitado em julgado, não cabendo mais qualquer recurso.

Lembre-se

No mandado de segurança, identificamos as seguintes figuras: a) Impetrante: titular do direito violado; b) Impetrado: a autoridade coatora, que, no caso concreto, tenha poder de decisão para determinar que o ato que enseje a ilegalidade ou abuso de poder seja desfeito ou refeito. Também poderá figurar como impetrado, ou seja, como autoridade coatora, o agente público, ou seja, pessoa jurídica de direito privado a quem o Poder Público tenha delegado poderes para exercer atribuições que lhe são próprias, tal como ocorre nos casos de concessão e permissão de obras ou serviço público. Poderão ainda figurar como impetrado os serventuários, notários e oficiais de registros públicos, que se sujeitam a autorização do Poder Público.

O prazo para impetrar o mandado de segurança é de 120 dias a contar do conhecimento pelo impetrante da ilegalidade ou do abuso de poder praticado pela autoridade ou agente públicos.

Exemplificando

Por motivo de crença religiosa, um candidato adventista do sétimo dia impetra mandado de segurança para realização da prova em horário diverso daquele determinado pela comissão organizadora do concurso público, conforme discutido no RE 611.874/DF, em que foi declarada a repercussão geral da matéria. Conforme o impetrante, seu direito estaria amparado pelo art. 5º, VIII, da CF/88, que determina que

"ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Faça você mesmo

Que tal pensarmos em outra hipótese parecida com essa, a qual determinou a utilização do remédio constitucional para solucionar a situação? Você considera que, em determinado concurso público, a cobrança de questões que tenha por objeto matéria não prevista no edital pode ensejar a impetração de mandado de segurança para que tais questões sejam anuladas? Como você identifica, no caso, os requisitos do mandado de segurança: (i) direito líquido e certo; (ii) prazo para que seja impetrado; (iii) autoridade coatora?

O mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX CF/88, preceitua sua admissão com os mesmos requisitos do mandado de segurança individual, havendo alteração substancial dos legitimados para impetrá-lo: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano e para defesa de seus membros ou associados.

Vale notar que o art. 21, da Lei 12.016/2009, que disciplina no mandado de segurança, afirma que, na modalidade coletiva, ele "pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial". Assim, a norma infraconstitucional vincula a legitimidade do partido político com representação no Congresso Nacional à defesa de seus interesses legítimos, correlatos a seus integrantes ou à finalidade partidária, não podendo ser impetrado em qualquer caso.

Reflita

No mandado de segurança coletivo, considera-se legitimado para a sua impetração partido político com representação no Congresso Nacional e também associações legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano. Assim, o partido político, sem representação no Congresso Nacional mas enquanto associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, poderia impetrar o mandado de segurança coletivo?

O que você pensa disso? O partido político sem representação no Congresso Nacional pode ser configurado como associação desde que legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano? Nesse sentido, ele se configuraria como legitimado para impetrar o mandado de segurança coletivo?

Outra especificidade do mandado de segurança coletivo em relação ao individual é o seu objeto. Ele se destina à tutela do direito líquido e certo coletivo, ou seja, o direito transindividual, indivisível, de titularidade de grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, ou individual homogêneo, que decorre de origem comum ou de atividade ou ação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da impetrante. No mandado de segurança coletivo, o impetrante se sujeita à comprovação da pertinência de interesses, ou seja, deve objetivar a garantia de um interesse correlato à finalidade da impetrante ou que tenha conexão com os interesses de seus membros, conforme exigido anteriormente pela jurisprudência e hoje expressamente previsto no art. 21, da Lei n. 12.016/2009.

Quadro 3.1 | Mandado de Segurança

	MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL	MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
Fundamento constitucional	Art. 5º, LXIX, da CF/88.	Art. 5º, LXX, da CF/88.
Impetrante	Qualquer pessoa.	Partido político com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano.
Impetrado (autoridade coatora)	Autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, tais como concessionárias ou permissionárias.	Autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, tais como concessionárias ou permissionárias.
Direito líquido e certo	Direito individual, que possa ser demonstrado de plano sem a necessidade de dilação probatória.	Direito coletivo ou individual homogêneo, que possa ser demonstrado de plano sem a necessidade de dilação probatória.
Prazo	120 dias, a contar da ciência da ilegalidade ou do abuso de poder, conforme definido no art. 23, da Lei n. 12.016/2009, após o que se verifica a ocorrência da decadência. Em regra, em caso de omissão de autoridade, não há de se falar na contagem de qualquer prazo. No entanto, se existir norma estabelecendo prazo para manifestação dessa autoridade, quando os 120 dias serão contados do encerramento desse prazo.	

Fonte: Elaborado pela autora.

Pesquise mais

Fica aqui a indicação de duas leituras sobre os remédios constitucionais estudados nesta seção:

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 425-449.

- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Mendes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25-147.

Sem medo de errar

A saúde está contemplada na CF/88 como um dos direitos sociais, previstos no art. 6º, e como um direito de todos e um dever do Estado no art. 196, além de outras previsões ao longo do texto constitucional. Os pais de uma criança portadora de uma doença rara, para a qual não existe um tratamento específico no país, pleitearam, em juízo, que o Governo Federal custeasse um tratamento experimental nos Estados Unidos, cujos resultados ainda não foram comprovados. Todavia, o custo desse tratamento experimental é equivalente à prestação de

todos os serviços de saúde e tratamentos médicos e hospitalares durante um ano para toda a população do estado do Maranhão. Diante disso, como você, decidiria o caso? Determinaria o pagamento pelo Governo Federal do tratamento dessa criança com fundamento do direito à vida ou você negaria o aludido tratamento por seu alto custo, uma vez que os valores nele empregados poderiam custear a saúde do estado do Maranhão, com um dos mais altos índices de pobreza do país?

Nesta seção, estudamos essencialmente as características do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do mandado de segurança coletivo. Os pais da criança citada solicitam a você um parecer sobre o meio judicial mais adequado para requerer que o Governo brasileiro pague o tratamento experimental da criança nos Estados Unidos. Diante do problema apresentado, como você se posiciona? Seria cabível mandado de segurança? E o *habeas corpus*?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar a finalidade dos remédios constitucionais estudados nesta seção: (i) *habeas corpus*: para combater a ameaça ou violação do direito à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder; (ii) mandado de segurança: para a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* nem por *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou seu agente; e (iii) mandado de segurança coletivo: o direito líquido e certo, nesse caso, deve ser coletivo ou individual homogêneo para que partido político com representação no Congresso Nacional (desde que, nos termos da Lei 12.016/2009, esteja vinculado à defesa de seus interesses legítimos, correlatos a seus integrantes ou à finalidade partidária), organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano possam impetrá-lo, sendo, para tanto, necessário demonstrar a relação de pertinência.

Com base em tudo o que estudamos nesta seção e considerando as questões anteriormente lembradas, qual dos remédios constitucionais você considera ser aplicável no caso para requerer que o governo brasileiro custeie o pagamento do tratamento experimental para a criança, que não dispõe de tratamento específico no Brasil para a doença que a acomete?

Lembre-se

Lembre-se de que os pais impetrarão a medida, que objetiva o custeio do tratamento experimental nos Estados Unidos para a criança amparados no direito à saúde, que está expressamente previsto no art. 6º e no art. 196, ambos da CF/1988. A partir disso, a medida será impetrada objetivando proteger que tipo de direito: correlato à liberdade de locomoção, de outros direitos fundamentais individuais, coletivos ou individuais e homogêneos? Quem se beneficiará da medida: uma pessoa especificamente designada ou um grupo de pessoas naquela situação?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que podem ser encontradas no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Remédio constitucional para se garantir a eficácia do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da CF/88	
1. Competência de fundamentos de área	Compreender, a partir da análise do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do mandado de segurança coletivo, a finalidade de cada um desses remédios constitucionais e a maneira como identificar a legalidade que autoriza o seu manejo.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente cada um dos seguintes remédios constitucionais: (i) *habeas corpus*; (ii) mandado de segurança; e (iii) mandado de segurança coletivo, além do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da CF/88.
3. Conteúdos relacionados	• Remédios constitucionais: definição e espécies. • *Habeas corpus*, mandado de segurança e mandado de segurança coletivo. • Finalidade desses remédios constitucionais. • Hipóteses de cabimento de cada um deles. • Legitimado a impetrá-los.
4. Descrição da Situação-Problema	O art. 5º, XXXIV, da CF/88, consagra o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos e contra a ilegalidade ou abuso de poder, e a certidões, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Caso a autoridade não responda ao pedido formulado na petição ou o negue, sem fundamentar a sua decisão, qual remédio constitucional poderia ser impetrado pelo interessado?
5. Resolução da Situação-Problema	Para resolver a questão, vamos analisar as características do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do mandado de segurança coletivo, enquanto remédios constitucionais adequados para se combater ilegalidade ou abuso de poder.

Lembre-se

O direito de petição e de certidão, previstos no art. 5º, XXXIV, da CF/88, não pode ser destituído de eficácia. Nesse sentido, é ilegal o comportamento da autoridade do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário que se nega a responder a petição ou pedido de certidão ou que os nega sem apresentar qualquer fundamento. Verificada a ilegalidade concernente ao comportamento da autoridade ao não apreciar ou negar o pedido sem fundamentá-lo, que tipo de direito pode ser considerado transgredido? Trata-se de violação ou ameaça ao direito de locomoção ainda que de forma indireta? Trata-se de direito coletivo ou individual homogêneo? Ou a violação aqui se refere a direito individual? Qual seria o remédio constitucional contra essa ilegalidade ou abuso de poder?

Faça você mesmo

Diante do exposto até então, pensando na questão correlata ao cabimento dos remédios constitucionais estudados nesta seção, você agora é capaz de analisar outros casos como esse. O *habeas corpus* poderia ser manejado contra a restrição à liberdade de locomoção do preso por condenação criminal transitada em julgado? Há ilegalidade ou abuso de poder a ser combatido? E no caso de a pena ter sido integralmente cumprida? Ele poderia ser manejado para obrigar que o juízo declare o cumprimento da pena e expeça o respectivo alvará de soltura?

Faça valer a pena

1. O habeas corpus é o remédio constitucional a ser adotado nos casos em que se verifica violação ou ameaça ao direito à liberdade de locomoção que decorra de ilegalidade ou abuso de poder. Com base nessas informações, avalie as assertivas a seguir e depois assinale a alternativa correta:

I. Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória à pena de multa ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

II. Não se admite habeas corpus contra sentença condenatória à perda da função pública imposta em sentença condenatória.

III. Não é cabível habeas corpus, quando a pena privativa de liberdade já estiver extinta, para o reconhecimento da nulidade do processo em que a pena foi imposta.

a) São verdadeiras as assertivas I, II e III.
b) São verdadeiras as assertivas I e II apenas.
c) São verdadeiras as assertivas I e III apenas.
d) São verdadeiras as assertivas II e III apenas.
e) É verdadeira apenas a assertiva I.

2. A instalação de detectores de metais nas entradas dos fóruns pelo país ensejou inúmeras discussões sobre a violação de direitos fundamentais dos advogados que ali exercem todos os dias a defesa dos interesses de seus clientes, por meio da apresentação de peças processuais, da realização de audiências e de despachos de processos. Os referidos profissionais alegam que esses aparelhos, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que frequentam os locais, importam, na verdade, em violação ao art. 5º, XV, da CF/88, que determina o direito de locomoção e entrave ao exercício da profissão, cuja liberdade é assegurada no art. 5º, XIII, da CF/88. Com base nessas informações, assinale a alternativa INCORRETA:

a) Com fundamento na violação do direito à liberdade de locomoção, os advogados podem impetrar individualmente habeas corpus, desde que essa violação decorra de ilegalidade ou de abuso de poder das autoridades judiciárias nos fóruns.
b) Com base no direito ao livre exercício de profissão, os advogados podem impetrar mandado de segurança, demonstrando que a violação advém de ilegalidade ou abuso de poder das autoridades judiciárias.
c) A OAB poderá manejar, em defesa de interesse coletivo, correlato à classe, mandado de segurança coletivo, demonstrando que a violação do direito ao livre exercício da profissão decorre de ilegalidade ou abuso de poder das autoridades judiciárias.
d) A OAB poderá manejar, em defesa de interesse coletivo, correlato à classe, habeas corpus coletivo, demonstrando que a violação do direito ao livre exercício da profissão decorre de ilegalidade ou abuso de poder das autoridades judiciárias.
e) Após o anúncio da instalação dos detectores de metais, mas antes de essa instalação efetivamente ocorrer, os advogados poderiam manejar o habeas corpus preventivo, alegando a ameaça iminente ao direito de locomoção, demonstrando a existência de ilegalidade ou abuso de poder da autoridade judiciária no caso.

3. O art. 5º, VII, da CF/88, determina que "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". Caso a autoridade penitenciária viole o aludido direito fundamental, impedindo o exercício desse direito, qual remédio constitucional pode ser utilizado por um dos presos para atacar a violação?

a) Habeas corpus.
b) Mandado de segurança individual.
c) Mandado de segurança coletivo, em se tratando de direito coletivo.
d) Mandado de segurança coletivo, em se tratando de direito individual homogêneo.
e) Direito de petição, independentemente do recolhimento de taxa.

Seção 3.4

Remédios constitucionais

Diálogo aberto

Na seção 3.1, fizemos o estudo das gerações de direitos, de suas características e da forma como solucionar o conflito entre direitos fundamentais no caso concreto. Enfrentamos a situação-problema relativa a qual geração de direitos pertence o direito à saúde e se ele se trata de um direito positivo ou negativo, havendo a necessidade ou não de uma atuação do Estado.

Na seção 3.2, analisamos especialmente a abrangência e a aplicabilidade dos direitos fundamentais e buscamos argumentos para responder como o direito à saúde pode ser classificado quanto à sua aplicabilidade.

Na seção 3.3, estudamos alguns dos remédios constitucionais: o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo. Respondemos à situação-problema referente a qual desses remédios constitucionais é adequado para que os pais da criança pleiteiem o tratamento experimental no exterior, com base no direito à saúde, tendo em vista que não há no país tratamento específico para a doença rara que a acomete.

Agora, na seção 3.4, estudaremos os seguintes remédios constitucionais: *habeas data*, mandado de injunção e a ação popular, objetivando responder a seguinte questão: O direito à saúde demanda regulamentação por lei infraconstitucional para que seja assegurado? Não tendo sido editada a aludida lei, qual o instrumento cabível para a realização desse direito?

Para tanto, deveremos: (i) compreender a finalidade dos remédios constitucionais; (ii) entender as características específicas do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação popular; e (iii) analisar a aplicabilidade dos remédios constitucionais estudados.

A análise da possibilidade de alteração do nosso sistema de governo para o parlamentarismo determina que saibamos como interpretá-lo.

Vamos começar, então?

Não pode faltar

Para analisarmos a questão posta nesta seção, vamos nos lembrar dos seguintes remédios constitucionais: (i) *habeas corpus*: art. 5º, LXVIII; (ii) mandado de segurança: art. 5º, LXIX; (iii) mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX; (iv) mandado de injunção: art. 5º, LXXI; (v) *habeas data*: art. 5º, LXXII; e (vi) ação popular: art. 5º, LXXIII.

Na seção 3.3, analisamos o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo. Nesta seção analisaremos o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular. Além disso, mencionaremos a finalidade e o funcionamento da ação civil pública, que também será estudada em outras unidades curriculares.

O *habeas data* (art. 5º, LXXII CF/88): "Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo". Tem, portanto, dois objetivos: (i) conhecimento de informações; e (ii) retificação de dados. O art. 1º, § único, da Lei n. 9.507/1997 diz: "considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações".

José Afonso da Silva (2015, p. 456) afirma que o *habeas data* objetiva a proteção da esfera íntima dos indivíduos contra: (i) o uso abusivo de dados obtidos por meios ilícitos, fraudulentos ou desleais; (ii) a introdução nesses registros dos chamados dados sensíveis, correlatos à raça, à opinião política, filosófica ou religiosa, à filiação partidária ou sindical, à orientação sexual etc; e (iii) conservação de dados falsos ou inexatos ou, ainda, com fins diversos daqueles legalmente previstos. Ele se fundamenta essencialmente na inviolabilidade do sigilo de dados, em que se assegura o sigilo de correspondência e das comunicações em geral, conforme art. 5º, XII, da CF/88, no direito à informação, previsto

no art. 5º, XXXIII, da CF/88, e no direito à obtenção de certidões, para fins específicos, previsto no art. 5º, XXXIV, b, da CF/88. O *habeas data* tutela o direito fundamental de direito à informação pessoal, que diz respeito especialmente à honra, à intimidade e à vida privada, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público ou para retificar dados pessoais. Ele protege a esfera íntima dos indivíduos. Para tanto, conforme a Súmula 2 do STJ, deve haver a recusa pela autoridade administrativa de fornecer as aludidas informações ou promover a sua retificação, o que constitui requisito indispensável para que fique configurado o interesse de agir, sob pena de carência de ação. Ele é isento de custas (art. 5º, LXXVII, CF/88). Além disso, o art. 21, da Lei n. 9.507/1997, afirma que "são gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data*". De acordo com a decisão proferida pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp 1084695/RJ, no que concerne ao *habeas data*, este artigo trata das custas processuais, não abrangendo honorários advocatícios, que são cabíveis por se tratarem de efeito da condenação.

Após a recusa do fornecimento das informações ou de retificação dessas, o *habeas data* pode ser impetrado contra banco de dados públicos, de titularidade de um ente público, ou de caráter público, ou seja, de titularidade de particulares que possam transmitir essas informações a terceiros. O rito desse remédio constitucional foi disciplinado pela referida Lei n. 9.507/1997.

Vale notar que, objetivando a retificação de dados errôneos ou falsos, inscritos em registros oficiais, os interessados poderão se socorrer de três medidas, conforme o art. 5º, LXXII, b, da CF/88: (i) *habeas data*; (ii) processo administrativo; ou (iii) processo judicial. Nos dois últimos casos, os processos terão caráter sigiloso.

Reflita

A requisição de informações pelo Ministério Público, na instituição financeira, para instruir processo judicial, pode ser feita por mandado de segurança ou por habeas data? Lembre-se de que o habeas data somente pode ser usado para a obtenção de informações de caráter

pessoal, constantes de banco de dados públicos, ou para a retificação desses dados, mediante a recusa de fornecimento dessas informações ou de retificação dos dados pela autoridade pública. O mandado de segurança será usado para obtenção de informações que não possuam esse caráter pessoal. Nesse sentido, como você resolveria a questão? Qual remédio constitucional deve ser utilizado pelo Ministério Público para obter as informações acobertadas por sigilo fiscal para instrução de processo judicial?

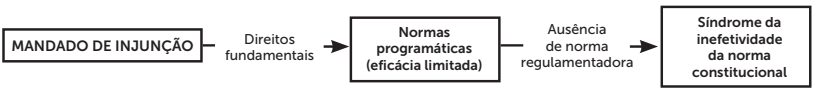
Mandado de injunção (art. 5º, LXXI CF/88): "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Objetiva viabilizar o exercício de direitos e garantias fundamentais, concernentes às liberdades, à soberania e à cidadania, previstos em norma de eficácia limitada, conforme classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, como estudamos na seção 2.1, ante a ausência de norma regulamentadora. Segundo o autor, "sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação" (SILVA, 2015, p. 451).

O art. 5º, LXXI, da CF/88, prevê apenas a hipótese de se impetrar o mandado de injunção individual. No entanto, com o advento da Lei nº 13.300/2016, que consolidou entendimento do STF mesmo por analogia ao mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo, o STF admite, por analogia ao mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo, aplicando-se a ele as observações atinentes ao mandado de segurança coletivo, especialmente no que concerne aos legitimados: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, conforme art. 5º, LXX, da CF/88.

Nos termos do art. 102, I, q, da CF/88: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção,

quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal". Por outro lado, conforme art. 105, I, h, da CF/88, a competência para apreciá-lo será do Superior Tribunal de Justiça "quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal".

Figura 3.4 | Mandado de injunção



Fonte: Elaborada pela autora.

Assimile

Como requisito para impetrar o mandado de injunção, é preciso:

- Haver existência de uma norma constitucional de eficácia limitada.
- Haver ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.
- Que o impetrante seja o beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que demanda regulamentação.
- Que essa ausência impossibilite o exercício de uma liberdade, de um direito ou de uma prerrogativa inerente à soberania, à cidadania ou à nacionalidade, constitucionalmente previstos.

Aplica-se ao mandado de injunção o previsto na Lei nº 13.300/2016 e subsidiariamente o CPC. Subsidiariamente o CPC. Sendo assim, não há de se falar em condenação em honorários advocatícios em mandado de injunção, por ausência de previsão na norma regulamentadora e por aplicação da previsão do enunciado sumular 512 do STF, que.. que determina que "não cabe condenação em honorários de advogado na

ação de mandado de segurança". No entanto, não há isenção específica das custas e taxas judiciais para impetrar mandado de injunção, sendo elas cabíveis.

Ademais, trata-se de remédio constitucional cabível tanto nas relações de natureza pública quanto nas relações privadas, especialmente nos casos relacionados no art. 7º, da CF/88, que elenca direitos sociais correlatos aos trabalhadores urbanos e rurais.

Lembre-se de que estudamos, na seção 2.1, a síndrome da inefetividade constitucional, ou seja, o direito fundamental é consagrado na CF/88, mas, em se tratando de norma de eficácia limitada, faz-se necessária a edição de norma regulamentadora para que se possa gozar do referido direito. No caso de não haver a edição da norma regulamentadora, são os instrumentos aptos a determinar a sua produção pelo legislador infraconstitucional: (i) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI-omissão), prevista no art. 103, §2º, da CF/88: trata-se de controle de constitucionalidade concentrado, que será pormenorizadamente estudado em outra Unidade Curricular; (ii) mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88: é estudado nesta seção, bastando que, além disso, você saiba que corresponde à forma de controle difuso de constitucionalidade, o que será aprofundado em outra unidade curricular.

O art. 5º, LXXI, da CF/88 gerou inúmeras discussões por trazer apenas a hipótese em que se considera cabível o mandado de injunção, sem, contudo, enunciar a consequência do aludido remédio. Assim, discutiu-se amplamente se o órgão julgador deveria apenas dar ciência ao Poder competente para regulamentar a norma constitucional, omisso até então, fixando prazo para a supressão da lacuna, ou se ele deveria editar a norma regulamentadora para aquele caso concreto ou apontar a legislação que deve ser utilizada como regulamentadora, no caso. Até 2007 o STF posicionou-se no sentido de que não cumpria a ele o papel de legislador positivo, devendo apenas levar a conhecimento do ente competente por editar a norma regulamentadora a existência de omissão e o prazo para saná-la. A partir de então, o STF, no julgamento da MI 670/ES, mudou o posicionamento adotado até então, passando a entender que se busca com o mandado de injunção conferir imediata

aplicabilidade à norma constitucional que não possui eficácia pela ausência de norma regulamentadora.

Sobre isso, vamos pensar no caso do direito de greve dos servidores públicos:

Exemplificando

O art. 37, VII, da CF/88, determina que: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica". Trata-se de norma de eficácia limitada, conforme a classificação das normas constitucionais segundo a sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, demandando, portanto, a edição de norma infraconstitucional para a produção de seus regulares efeitos. Ante a inexistência da aludida norma regulamentadora, entidade sindical representativa de servidores públicos do Estado do Pará, impetraram mandado de injunção coletivo MI 712/PA. Em seu julgamento, o STF entendeu ser aplicável ao caso a Lei n. 7.783/1989, que regulamentou a greve na iniciativa privada, até que o Congresso Nacional edite lei específica, que regulamente o direito de greve dos servidores públicos.

Faça você mesmo

O art. 40, §4º, da CF/88, veda a adoção de requisitos diferenciados para a aposentadoria, excetuado o caso de alguns servidores, como aqueles que exercem atividade de risco. Para estabelecer tais requisitos mais benéficos, a norma constitucional exige a edição de lei complementar, devendo ainda estabelecer o alcance da expressão "atividade de risco", motivo pelo qual deve ser entendida como norma de eficácia limitada. Impetrado mandado de injunção, ante a omissão do Poder que deveria regulamentar a citada norma constitucional, como poderia o STF se posicionar a respeito? (Após pensar sobre o caso, veja como o STF se posicionou no MI 1757 AgR-segundo / DF.)

Passemos agora ao estudo da ação popular. O art. 5º, LXXIII, da CF/88 determina que: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus

da sucumbência". Ela foi regulamentada pela Lei n. 4.717/1965, que foi recepcionada pela CF/88.

A ação popular foi prevista pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934, tendo sido omitida na Constituição de 1937 e, a partir da Constituição de 1946, foi restabelecida e mantida até a CF/88. Ela tem como finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou da entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico ou cultural. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 357), "inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum".

O patrimônio público deve ser entendido como sendo de qualquer pessoa jurídica de direito público ou de direito privado de que o Estado participe, ainda que essa participação seja minoritária. A lesão ao patrimônio público é aquela em que se verifica diminuição do patrimônio decorrente de uma ilegalidade. A moralidade administrativa se refere à atuação do administrador público que deve se guiar pela probidade, pela honestidade e pela boa-fé. Já a proteção ao meio ambiente deve ser analisada sob uma ótica antropocentrista, ou seja, objetivando a tutela do ser humano. Por fim, o patrimônio histórico e cultural é aquele que sirva de referência à identidade do país.

Para a ação popular, há a isenção de custas, mas, se verificado que a ação foi proposta por má-fé daquele que a manejou, elas serão cobradas. O Tribunal Pleno do STF entende desde 1993, quando julgada a AO 188/RR, que a isenção prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, compreende além das custas processuais, os honorários advocatícios.

A ação popular deve ser proposta (art. 6º, Lei n. 4.717/1965) contra a entidade lesada, além dos autores e responsáveis pelo ato, bem como aqueles que dele se beneficiaram, configurando o chamado litisconsórcio passivo. Por outro lado, é legitimado para propô-la o cidadão, considerado como tal o nacional no gozo dos direitos políticos, ou seja, aquele que é alistado eleitoralmente. São alistáveis os brasileiros maiores de 16 anos. O cidadão, nesse caso, postula, em nome próprio, pedido de defesa de direito de toda a sociedade.

Se julgado procedente o pedido formulado, o juiz deverá decretar a invalidade do ato, além da condenação dos responsáveis pelo ato e daqueles que dele se beneficiaram, agindo com dolo ou culpa, pelo

ressarcimento da lesão provocada ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. A sentença que decreta a improcedência da ação popular faz coisa julgada, salvo em caso de ser improcedente por falta de provas.

O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação popular. Apenas no caso de o cidadão alistável desistir da ação popular, ele deverá assumi-la. A ele compete propor a ação civil pública, para tutelar direitos difusos e coletivos, conforme art. 129, III, da CF/88, determina que: "São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Todavia, tal competência para propor a ação civil pública não é exclusiva, uma vez que o §1º, do art. 129, da CF/88 determina que "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei". Assim, o art. 5º, da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, determina que, além do Ministério Público, podem propor a aludida ação a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista e as associações que preencham os requisitos elencados no inciso V do citado artigo.

Pesquise mais

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 449-454.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Mendes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148-329.

Com base em tudo o que estudamos, então, vamos resolver o problema que expusemos no início da seção?

Sem medo de errar

Nesta seção, estudamos os seguintes remédios constitucionais: *habeas data*, mandado de injunção e a ação popular, objetivando responder a seguinte questão: o direito à saúde demanda regulamentação por lei infraconstitucional para que seja assegurado? Não tendo sido editada a aludida lei, qual o instrumento cabível para a realização desse direito?

Atenção

É muito importante relembrar a finalidade dos remédios constitucionais estudados nesta seção: (i) habeas data: para o conhecimento de informações de natureza pessoal, relativas ao impetrante e para a retificação de dados; (ii) mandado de injunção: conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional, inerte em virtude de ausência de regulamentação; e (iii) ação popular: anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Diante disso, qual é o remédio constitucional a ser manejado para a realização do direito à saúde, no caso da criança acometida por doença rara que não possui tratamento no país? Seria cabível, no caso, *habeas data*, mandado de injunção ou ação popular?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que podem ser encontradas no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois compare-as com as de seus colegas.	
Remédio constitucional para se garantir a realização do direito ao salário-família, previsto no art. 7º, XII, da CF/88	
1. Competência de Fundamento de área	Compreender, a partir da análise do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação popular, a finalidade de cada um desses remédios constitucionais e a maneira como identificar a hipótese que autoriza o seu manejo.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente cada um dos seguintes remédios constitucionais: (i) *habeas data*; (ii) mandado de injunção; e (iii) ação popular, além de como ela se diferencia da ação civil pública.

3. Conteúdos relacionados	• Remédios constitucionais: *habeas data*, mandado de injunção e ação popular. • Finalidade desses remédios constitucionais. • Hipóteses de cabimento de cada um deles. • Legitimado a utilizá-los. • Classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, segundo José Afonso da Silva.
4. Descrição da Situação-Problema	O art. 7º, XII, da CF/88, afirma ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais "salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei". Essa norma constitucional é autoaplicável?
	Demanda regulamentação por norma infraconstitucional? É norma de eficácia plena, contida ou limitada? Qual o remédio constitucional a ser utilizado para assegurar a sua aplicabilidade?
5. Resolução da Situação-Problema	Para resolver a questão, vamos analisar as características da norma constitucional contida no art. 7º, XII, CF/88, e do *habeas data*, do mandado de injunção e da ação popular, enquanto remédios constitucionais para a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Lembre-se

A classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade nos revela três tipos de normas: (i) as de eficácia plena, que possuem aplicação e efeitos imediatos; (ii) as de eficácia contida, que possuem aplicação imediata e efeitos mediatos, podendo ter seu campo de atuação restringido por norma infraconstitucional; e (iii) as de eficácia limitada, que possuem aplicação mediatas e somente efeitos jurídicos, por depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

Faça você mesmo

Pensando na questão atinente à aplicabilidade da norma constitucional que prevê o salário-família e no remédio constitucional adequado para a realização desse direito, convido você a resolver outro problema relativo aos remédios: O art. 5º, XXIV, da CF/1988 determina que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição". A aludida norma constitucional é autoaplicável? Ela demanda regulamentação por norma infraconstitucional? Trata-se de norma de eficácia plena, contida ou limitada? Sendo necessário, qual é o remédio constitucional a ser utilizado para assegurar a sua aplicabilidade?

Faça valer a pena

1. Analise as assertivas a seguir e, depois, assinale a opção CORRETA:

I. O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) poderá figurar no polo passivo de habeas data, impetrado por pessoa física, brasileira ou estrangeira, ou por pessoa jurídica, desde que titular da informação objetivando obter informações constantes de seu banco de dados.
PORQUE
II. Apesar de se tratar de entidade privada, o SPC mantém banco de dados de caráter público, uma vez que as informações nele contidas podem ser acessadas por terceiros.

A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.
a) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
b) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
d) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
e) As asserções I e II são proposições falsas.

2. O Sr. João, homônimo de um suspeito de ter praticado crimes graves, ao tentar embarcar no aeroporto de Congonhas, em São Paulo, para o aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro para uma reunião de trabalho, confundido com seu homônimo, contra o qual havia um mandado de prisão regularmente expedido, recebeu voz de prisão. Já na delegacia, acompanhado de seu advogado, descobriu que tudo não passava de um erro no banco de dados da Polícia Civil. Em seus dados, o nome de sua mãe estava incorreto, constando ali outro nome semelhante ao nome da mãe de seu homônimo. Após esse episódio, quais seriam as alternativas do Sr. João, observados os requisitos para tanto, para retificar o nome de sua mãe, junto a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, onde foi preso?

a) O Sr. João somente poderá impetrar habeas corpus.
b) O Sr. João somente poderá impetrar habeas data.
c) O Sr. João poderá impetrar habeas data ou habeas corpus.
d) O Sr. João poderá impetrar habeas data ou processo judicial.
e) O Sr. João poderá impetrar habeas data ou processo judicial ou ainda processo administrativo.

3. A Receita Federal possui um banco de dados em que relaciona todos os contribuintes dos tributos federais, bem como os dados relativos a esses contribuintes e os pagamentos por eles efetuados e os débitos em aberto. Sobre isso, julgue as assertivas seguintes:

I. O contribuinte interessado em obter informações pessoais constantes desse banco de dados poderá impetrar habeas data, desde que comprove a negativa da Receita Federal no fornecimento dessas informações.
II. Havendo nesse cadastro informações falsas ou errôneas sobre o contribuinte, ele poderá impetrar o habeas data para retificá-las, caso não prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo.
III. O banco de dados mantido pela Receita Federal é um cadastro privativo, o que lhe retira o direito à informação e à retificação dos dados nele contidos por meio do habeas data.

É correto o que se afirma em:

a) I, apenas.
b) III, apenas.
c) I e II, apenas.
d) II e III, apenas.
e) I, II e III.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Mendes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Direitos, Partidos Políticos e Nacionalidade

Convite ao estudo

Você sabia que apesar de o *caput* do art. 5º, da CF/88 determinar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", a própria CF/88 prevê situações em que o tratamento dos brasileiros e dos estrangeiros será diferenciado? Entre essas situações estão os direitos políticos, que não são, em geral, atribuídos aos estrangeiros.

Com base nesse estudo, que envolverá os direitos políticos, os partidos políticos e as questões atinentes à nacionalidade, vamos conhecer a situação desta unidade: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido lhe consultou para que você, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

Seção 4.1

Direitos políticos

Diálogo aberto

A partir do estudo dos direitos políticos, partidos políticos e nacionalidade, que permeará toda esta unidade de ensino, como você, avalia a alistabilidade e a elegibilidade do Sr. Joaquim antes e depois da naturalização? Como estrangeiro, ele poderia se filiar a um partido político? E como brasileiro naturalizado?

Para solucionar o problema proposto para esta seção 4.1, você deverá utilizar todo o material disponível. Não se esqueça do quanto é importante se familiarizar com os temas a serem estudados com antecedência, por meio da webaula correspondente e, na sequência, ler toda a seção no livro didático, realizando as atividades que são propostas. Além disso, sempre que possível, pesquise mais sobre o tema. As indicações bibliográficas são um caminho para que você aprofunde o estudo de algum tópico que tenha despertado a sua curiosidade. Quem sabe a partir dessas indicações você comece a pesquisar sobre o tema e acabe se tornando um especialista no assunto?

Vamos começar a análise dos temas propostos para a seção 4.1?

Não pode faltar

Para iniciar os estudos sobre os direitos políticos, vamos definir cidadania e diferenciar o cidadão do nacional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 144) afirma que a cidadania, em sentido estrito, é o *status* que possui o nacional que goza de direitos políticos, ou seja, dos brasileiros que podem participar do processo governamental, sobretudo por meio do voto.

No entanto, a participação no regime democrático brasileiro não se resume à eleição de representantes. Ela pode se dar de forma direta por plebiscito, referendo, iniciativa popular, elencados no art. 14, da CF/88, e por meio da ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, estudada na seção 3.4. Além disso, a participação também pode ser

feita de forma indireta, por meio de seus representantes: chefes do Poder Executivo (presidente, governador e prefeito), deputados federais e estaduais e vereadores. Lembre-se de que os senadores representam os Estados e o Distrito Federal, apesar de serem eleitos pelo povo.

Assim, podemos melhor compreender o § único, do art. 1º, da CF/88: ao afirmar que "todo poder emana do povo", o legislador constitucional revela a titularidade do poder constituinte originário, que, conforme *O contrato social*, de Rousseau, é do povo, sendo essa a base da soberania popular. O exercício por meio de representantes eleitos se refere à participação indireta no regime de governo democrático. Por fim, faz menção à participação direta, que pode se dar por meio de plebiscito, referendo, iniciativa popular ou ação popular.

O sufrágio, conforme art. 14, da CF/88, é direito de natureza política e se refere não apenas à prerrogativa de votar e de ser votado, mas também às formas diretas de intervenção na vida política, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Ele pode ser: (i) universal, ou seja, inerente a todos; ou (ii) restrito, como ocorre com o sufrágio considerado capacitário, ou seja, correlato a algum atributo do indivíduo, como a formação intelectual, que afasta o voto do analfabeto; e com o sufrágio censitário, ou seja, relativo à capacidade econômica, afastando o voto daqueles considerados pobres. A CF/88 adota o sufrágio universal e inclui o voto direto (direito personalíssimo que não admite outorga), secreto, universal e periódico entre as suas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, §4º, que, conforme estudado na seção 1.3, são limites para a atuação do poder constituinte derivado reformador.

O art. 14, da CF/88, determina que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante":

a) Plebiscito: trata-se de consulta popular prévia sobre determinada matéria, que deverá ser convocada pelo Congresso, em se tratando de competência exclusiva, prevista no art. 49, XV, da CF/88. O plebiscito mais importante de nossa história foi o ocorrido em 1993, quando, por força do art. 2º, do ADCT, foi escolhida a forma e o sistema de governo, tendo vencido respectivamente a república e o presidencialismo. Lembre-se também de que o plebiscito é um instrumento de organização político-administrativa muito importante.

O art. 18, §3º, da CF/88, determina que "os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar". Já o §4º, do citado artigo, determina que

> **a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (BRASIL, 1988).**

Podemos sintetizar as referidas normas no Quadro 4.1:

Quadro 4.1 | Plebiscitos

PLEBISCITO NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA	ESTADOS	MUNICÍPIOS
Norma constitucional	Art. 18, §3º	Art. 18, §4º
Finalidade	Criação, incorporação, desmembramento e subdivisão.	Criação, incorporação, desmembramento e fusão.
Requisitos	Plebiscito, aprovação pelo Congresso Nacional e lei complementar.	Plebiscito, estudo de viabilidade municipal e lei estadual.

Fonte: elaborado pela autora.

b) Referendo: é consulta popular posterior, para que determinado ato governamental seja confirmado ou rejeitado. O referendo deve ser autorizado pelo Congresso Nacional, em se tratando de sua competência exclusiva, nos termos do art. 49, XV, da CF/88. Em 2005, foi votado o referendo que determinou que não faria parte do Estatuto do Desarmamento a proibição da comercialização de armas de fogo e munições no país.

Os procedimentos para convocação do plebiscito e do referendo estão descritos na Lei 9.709/1998. A convocação, em ambos os casos, deverá ser feita por meio de decreto legislativo, após a manifestação em seu favor de um terço de uma das casas do Congresso Nacional.

Convocado o plebiscito, se houver projeto de lei sobre a matéria em tramitação no Congresso, ele deverá ser imediatamente sustado.

c) Iniciativa popular: a propositura de lei pela população deverá observar regras distintas a depender da esfera de governo, conforme sintetizado no Quadro 4.2:

Quadro 4.2 | Projeto de lei de iniciativa popular

ESFERA	FEDERAL	ESTADUAL	MUNICIPAL
Norma constitucional	Art. 61, §2º	Art. 27, §4º	Art. 29, XIII
Percentual do eleitorado	1% do eleitorado nacional	"A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual". (norma de eficácia limitada)	5% do eleitorado municipal
Distribuição do eleitorado	Em 5 Estados, não podendo ter menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles		
Quem aprecia	Primeira casa: Câmara dos Deputados; Segunda casa: Senado Federal	Assembleia legislativa	Câmara municipal

Fonte: elaborado pela autora.

d) Ação popular: conforme estudamos na seção 3.4, a ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão (aquele que seja alistável), objetivando anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos termos do art. 5º, LXXIII, da CF/88.

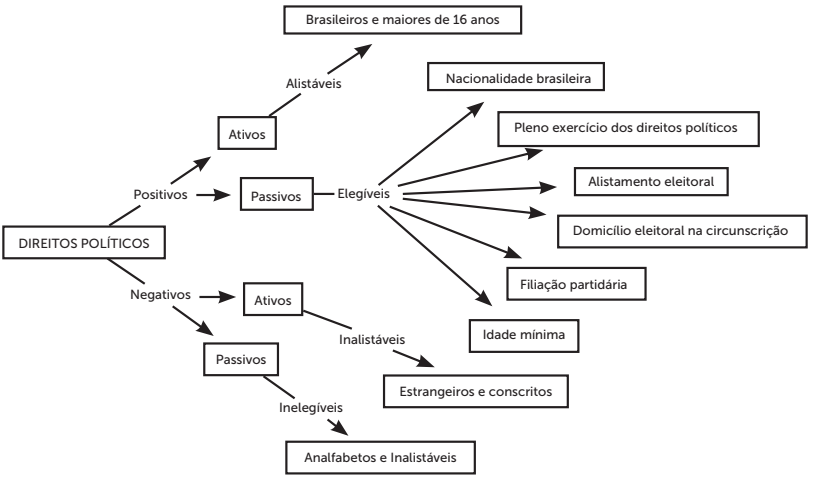
O art. 14, §1º, da CF/88, afirma ser o alistamento e o voto obrigatórios para os maiores de 18 anos, que, além da capacidade eleitoral, possuem capacidade civil e penal. São facultativos para os analfabetos, para os maiores de 70 anos e para os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 349), "os direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular". Os direitos políticos positivos, de acordo com esse autor (2015), consistem no conjunto de normas que asseguram a participação no processo político e nos órgãos de governo, que pode se dar pelas diversas formas de exercício do direito de sufrágio: direito de votar, de ser votado, de voto nos referendos, plebiscitos, iniciativa popular e propositura de ação popular. Já os direitos políticos negativos, ressalta o autor (2015), são aqueles atinentes às normas

que privam o cidadão pela perda definitiva ou temporária dos direitos políticos de votar e de ser votado e às normas correlatas às restrições à elegibilidade do cidadão.

Assim, pode-se afirmar que os direitos políticos positivos são aqueles correlatos à capacidade eleitoral, que pode ser: (i) ativa, ao se referir ao direito subjetivo de votar, exercido por aqueles que são alistáveis, ou seja, pelos brasileiros e maiores de 16 anos; e (ii) passiva, ao se referir ao direito de ser votado, ou seja, de ser elegível. Por outro lado, os direitos políticos negativos se referem à incapacidade eleitoral, podendo esta ser: (i) ativa, quando as normas constitucionais impõem vedação para votar, ao elencar como inalistáveis os estrangeiros e os constritos, durante o serviço militar obrigatório, conforme art. 14, §2º, da CF/88; e (ii) passiva, quando a norma constitucional apresenta vedação para ser votado, ao designar como sendo inelegíveis os inalistáveis (estrangeiros e constritos) e os analfabetos, nos termos do art. 14, §4º, da CF/88.

Figura 4.1 | Elegibilidade



Fonte: elaborada pela autora.

De acordo com o art. 14, §3º, da CF/88, são condições de elegibilidade: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos, não podendo ter sofrido suspensão ou perda desses direitos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição (lembre-se de que o domicílio eleitoral não se resume

ao local em que a pessoa se estabelece com ânimo definitivo, como estabelece a lei civil, podendo alcançar o local em que o eleitor possua vínculo profissional, familiar ou político); (v) a filiação partidária, regulamentada pela Lei 9.096/1995; (vi) a idade mínima de 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, e 18 anos para Vereador.

Você deverá se atentar para o fato de que a inelegibilidade objetiva defender a democracia de eventuais abusos. Assim, os inalistáveis (estrangeiros e constritos) e os analfabetos, por força do art. 14, §4º, da CF/88, são considerados absolutamente inelegíveis. Todavia, há também aqueles que são considerados relativamente inelegíveis: os chefes do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos) e aqueles que os houver sucedido ou substituído no curso do mandato somente poderão ser reeleitos para um único período subsequente, conforme art. 14, §5º, da CF/88. Para concorrerem a outros cargos, nos termos do §6º do mesmo artigo, os chefes do Poder Executivo, seus vices e os detentores de cargos, como os Ministros de Estado, deverão renunciar até seis meses antes do pleito. Caso os chefes do Executivo concorram à reeleição, não haverá a necessidade de se afastarem do cargo, não se aplicando, portanto, o citado §6º.

Exemplificando

Suponhamos que um cidadão seja deputado estadual em seu primeiro mandato, sem que nunca tenha ocupado outro cargo eletivo. Nas eleições subsequentes, ele poderá se candidatar a governador de seu Estado, sem a necessidade de renunciar ao cargo em que ocupa, ou seja, sem que haja a necessidade de se desincompatibilizar.

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado e do estudo da inelegibilidade relativa, o cidadão eleito deputado estadual em 2002, deputado federal em 2006 e governador do Estado em 2010, caso desejasse concorrer ao cargo de presidente da República em 2014, teria que se submeter à regra de desincompatibilização, prevista no art. 14, §6º, da CF/88? E

se ele concorresse em 2010 à reeleição? E se ele ocupasse por último (mandato 2011-2014) o cargo de vice-governador do Estado? E de Secretário de Estado de Educação?

Para terminar esse ponto, vamos analisar o §7º, do art. 14, da CF/88, que determina que os chefes do Poder Executivo, no território de sua jurisdição, têm o cônjuge ou companheiro, os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau, inelegíveis, salvo se titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Assim, por exemplo, se determinada pessoa era governadora de Estado e o cônjuge se tornou Presidente da República, ela somente poderá, a partir de então, concorrer à reeleição.

São também relativamente inelegíveis os militares, uma vez que eles deverão observar normas específicas, previstas no art. 14, §8º, da CF/88. Lembre-se de que o militar não se confunde com o conscrito, ou seja, ele é da carreira e já passou pelo primeiro ano do serviço militar obrigatório. Para ser elegível, o militar alistável deve se afastar da atividade, se possuir menos de dez anos de serviço, ou deverá abandonar a função, passando para a inatividade no ato da diplomação, mantendo, todavia, os direitos de militar, se possuir mais de dez anos de serviço.

O §9º, do art. 14, por sua vez, determina que "lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Assimile

A inelegibilidade pode ser absoluta ou relativa: absoluta (art. 14, §4º, da CF/88): os inalistáveis (estrangeiros e constritos) e os analfabetos; relativa (art. 14, §§5º a 9º): por motivos funcionais (§§5º e 6º), devido a casamento, parentesco ou afinidade (§7º), dos militares (§8º) e por previsão de ordem legal (§9º).

Por fim, o §10, do art. 14, da CF/88, prevê a existência da ação de impugnação de mandato eletivo, objetivando punir atos considerados contrários à legitimidade do pleito, como o abuso do poder econômico, a corrupção, expressa especialmente na forma de compra de votos, e a fraude.

O art. 15, da CF/88, traz algumas das hipóteses dos chamados direitos políticos negativos, mas veda expressamente a cassação de direitos políticos, afirmando apenas a possibilidade de perda ou suspensão nos seguintes casos:

a) Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado: os brasileiros naturalizados que praticarem atividade considerada nociva ao interesse nacional, nos termos do art. 12, §4º, I, da CF/88, sofrerão, por sentença transitada em julgado, o cancelamento de sua naturalização e, por conseguinte, perderão os direitos políticos, voltando à condição de estrangeiros, ou seja, inelegíveis e inalistáveis. Trata-se de hipótese de perda dos direitos políticos.

b) Incapacidade civil absoluta: para a doutrina majoritária, trata-se de caso de suspensão dos direitos políticos. De acordo com o art. 3º, do Código Civil, são absolutamente incapazes: (i) os menores de 16 anos; (ii) os alienados: aqueles que por enfermidade ou doença mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e (iii) os que, mesmo que por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade, como aqueles que se encontram em coma ou os bêbados. No caso dos alienados, é importante notar que ainda que haja laudo médico-pericial atestando a incapacidade, ela somente será reconhecida pelo juiz de direito na ação de interdição.

c) Condenação criminal transitada em julgado, ou seja, de que não caiba mais recursos, enquanto durarem seus efeitos: ainda que o condenado tenha se beneficiado com a progressão de regime, com o livramento condicional, com o sursis da pena, com o sursis do processo, seus direitos políticos permanecerão suspensos até que sejam completamente extintos os efeitos da condenação, motivo pelo qual enquadra-se como hipótese de suspensão dos direitos políticos.

d) Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, da CF/88: Manoel Gonçalves

Ferreira Filho (2015, p. 145), afirma se tratar da chamada escusa de consciência de caso de perda dos direitos políticos.

e) Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º, da CF/88, que afirma que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"; também é caso de suspensão dos direitos políticos.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 146), a perda ou a suspensão dos direitos políticos importa em perda dos cargos e dos mandatos representativos que não possam ser ocupados por quem não seja cidadão.

Reflita

Suponhamos que um cidadão tenha sido condenado nas esferas cível e criminal por improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º, da CF/88, o que importa em suspensão dos direitos políticos, conforme art. 15, III, da CF/88. Aplicar a inelegibilidade após o período de suspensão dos direitos políticos não seria abusivo? Poderíamos dizer que isso se equipararia a uma pena de caráter perpétuo, o que é vedado pelo art. 5º, XLVII, b, da CF/88? E se esse cidadão não sofrer condenação em juízo? Poderíamos dizer que ele se beneficiaria da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88)?

O art. 16, da CF/88, afirma que "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência". Assim, a lei que alterou o processo eleitoral em 10/01/2014 somente será aplicada a partir de 2015, por força do princípio da anualidade, não atingindo, assim, as eleições ocorridas em outubro de 2014.

Os partidos políticos, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015), cumprem importante função na democracia, por serem incumbidos de demonstrar ao eleitorado as opções políticas possíveis, indicando as pessoas que podem realizá-las. Eles somente poderão cumprir essa função quando não forem dominados por oligarquias, quando possuírem disciplina interna e quando não forem passíveis de suborno por interesses escusos.

No Brasil, os partidos políticos podem ser livremente criados, fundidos, incorporados e extintos, nos termos do art. 17, da CF/88. Para tanto, faz-se necessário resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, que são limites qualitativos para tanto, além de observar os seguintes preceitos: i) Caráter nacional: trata-se de limite quantitativo para a criação de um novo partido; ii) Proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades ou governo estrangeiro ou de subordinação a estes; iii) Prestação de contas à Justiça Eleitoral; iv) Funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Conforme o §1º, do art. 17, da CF/88, os partidos políticos possuem autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e adotar critérios de escolha do regime de coligações eleitorais, sendo que a coligação em âmbito nacional não vincula as coligações estaduais, distritais e municipais. Nos termos do §2º, do citado artigo, os partidos deverão se submeter a duplo registro: na forma da lei civil, ou seja, no cartório de registro civil das pessoas jurídicas, e no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Consoante §3º, também do art. 17, da CF/88, independentemente de possuírem representação no Congresso Nacional, os partidos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à TV, com o objetivo de difundir seus ideais e propostas para cooptar filiados e enraizar essas propostas, por meio do chamado direito de antena. Por fim, o §4º veda a utilização pelos partidos políticos de organização de caráter paramilitar.

A fidelidade partidária é tema que deverá estar previsto nos estatutos dos partidos políticos, conforme art. 17, §1º, da CF/88. A matéria foi disciplinada pelos arts. 23 a 26, da Lei 9.096/1995, e objeto de muita controvérsia nos tribunais. A perda do mandato por infidelidade partidária estava expressamente prevista na Constituição anterior, mas não encontra previsão na CF/88. Todavia, em 2007, na Consulta 1.398, relativa a deputados federais, estaduais e senadores, o TSE afirmou se tratar de infidelidade o abandono do partido pelo qual tenham sido eleitos e adesão a outro por dois motivos: (i) o monopólio da apresentação das candidaturas ser dos partidos; e (ii) nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa Distrital e Câmaras Municipais, o sistema eleitoral é o de representação proporcional, atribuindo-se ao partido, um número de mandatos proporcionais aos votos recebidos pelo partido e não pelo candidato.

Posteriormente, em resposta à Consulta 1.423, relativa aos chefes do Poder Executivo e seus vices, eleitos pelo sistema majoritário, o TSE determinou a aplicação da perda do mandato por infidelidade partidária também a eles. O STF, no julgamento da ADI 5.081/DF,

> **O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, *caput*).**

Sendo assim, após a citada decisão do STF, proferida em maio de 2015 por seu Tribunal Pleno, a perda do mandato por infidelidade partidária somente se aplica aos eleitos pelo sistema proporcional, como deputados federais, estaduais e vereadores, não atingindo aqueles eleitos pelo sistema majoritário: presidente, governadores, prefeitos e senadores.

Pesquise mais

Para que você possa saber um pouco mais a respeito dos direitos políticos, dos partidos políticos e especialmente compreender o funcionamento dos sistemas eleitorais proporcional e majoritário, fica a indicação das seguintes leituras:

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 715-812.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238-285.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a resposta ao desafio apresentado nesta seção?

Para tanto, devemos retomar o problema proposto no início desta unidade. A partir desse questionamento, que permeará o estudo de

toda esta unidade de ensino, e tomando como base o estudo do tema "Direitos políticos", como você, avalia a alistabilidade e a elegibilidade do Sr. Joaquim, português que veio com a sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos, antes e depois da naturalização? Como estrangeiro, ele poderia se filiar a um partido político? E como brasileiro naturalizado?

Para responder a essa questão, você deverá rever especialmente as normas atinentes à elegibilidade e alistabilidade, além de analisar as normas correlatas aos partidos políticos.

Atenção

Aqui é muito importante relembrar que os direitos políticos positivos são aqueles correlatos à capacidade eleitoral, que pode ser: (i) ativa, ao se referir ao direito subjetivo de votar, exercido por aqueles que são alistáveis, ou seja, pelos brasileiros e maiores de 16 anos; e (ii) passiva, ao se referir ao direito de ser votado, ou seja, de ser elegível.

Analisando o disposto no art. 14, §3º, da CF/88, podemos dizer que o Sr. Joaquim, enquanto estrangeiro, possui condições de elegibilidade? Seria ele alistável? E se ele se naturalizar brasileiro? Poderia se alistar como eleitor no país?

Lembre-se

A alistabilidade se refere à capacidade de exercício dos direitos políticos positivos, ou seja, de participar do processo político elegendo seus representantes. Assim, podemos afirmar que a alistabilidade é a capacidade de se tornar eleitor. Por fim, não se esqueça de que todo elegível deve ser eleitor, mas nem todo eleitor é elegível.

E você, como avalia a questão relativa à alistabilidade e elegibilidade do Sr. Joaquim antes e após a naturalização? Além disso, diante das normas constitucionais estudadas, que são aplicadas aos partidos políticos, estaria ele, na condição de estrangeiro, proibido de se filiar a um partido? E na condição de brasileiro naturalizado, poderia se filiar?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Análise das hipóteses de suspensão e perda dos direitos políticos	
1. Competência de Fundamentos de Área	Compreender as hipóteses de aquisição, suspensão e perda dos direitos políticos.
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender os reflexos das hipóteses de aquisição, suspensão e perda dos direitos políticos do naturalizado brasileiro.
3. Conteúdos relacionados	• Direitos políticos. • Aquisição dos direitos políticos: alistabilidade e elegibilidade. • Suspensão e perda dos direitos políticos.
4. Descrição da SP	O art. 15, da CF/88, afirma que os direitos políticos não serão objeto de cassação, mas podem ser suspensos ou ter a sua perda determinada. Um estrangeiro, naturalizado brasileiro, teve a sua naturalização cancelada por sentença judicial transitada em julgado. A condenação relativa ao cancelamento da naturalização se deveu à prática de atividade nociva ao interesse nacional, conforme determina o art. 12, §4º, I, da CF/88. O cancelamento da naturalização de estrangeiro por sentença judicial transitada em julgado é hipótese de suspensão ou de perda dos direitos políticos? Teria essa condenação caráter perpétuo? Ela representa afronta ao direito fundamental previsto no art. 5º, XLVII, b, da CF/88?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos retornar ao estudo dos direitos políticos, especialmente sobre as hipóteses de suspensão e perda dos direitos políticos. Em qual dessas hipóteses o cancelamento da naturalização em decorrência da prática de atividade nociva ao interesse nacional se enquadra?

Lembre-se

Para solucionar a questão, será necessário que você se lembre de que o direito à vida bem como à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade estão consagrados no art. 5º, caput, da CF/88. No entanto, esses direitos são relativizados no próprio art. 5º, XLVII, que indica que não haverá pena de morte, exceto em caso de guerra externa declarada pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88. Atente-se para o fato de que o citado inciso XLVII afasta, em qualquer caso, penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Além disso, o art. 5º, III, também garante que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", em conformidade com esses direitos.

Sendo assim, o cancelamento da naturalização por sentença judicial transitada em julgado que reconheceu a prática de atividade nociva ao interesse nacional pelo naturalizado, determina a perda ou suspensão dos direitos políticos? Ela se revela como pena de caráter perpétuo?

Faça você mesmo

A partir do que estudamos nesta seção, você está habilitado a responder outras questões que levem em consideração a análise dos direitos políticos e dos partidos políticos. Continue pensando no tema e, para tanto, solucione a seguinte questão: Caso o estrangeiro, que se naturalizou brasileiro, seja acometido por enfermidade ou doença mental, perdendo assim o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e tendo a alienação sido reconhecida pelo juiz na ação de interdição, ele perderá ou sofrerá a suspensão de seus direitos políticos? Com base em qual dispositivo constitucional você fundamenta a sua resposta?

Faça valer a pena

1. O parágrafo único, do art. 1º, da CF/88, determina que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Diante disso, avalie as assertivas a seguir:

I. Ao afirmar que "todo poder emana do povo", o legislador constitucional revela a titularidade do poder constituinte originário, que, conforme *O contrato social*, de Rousseau, é do povo.

II. O exercício por meio de representantes eleitos se refere à participação indireta no regime de governo democrático, que se dá com a eleição dos chefes do Poder Executivo e com os deputados federais e estaduais e vereadores.

III. A participação direta, que pode se dar por meio de plebiscito, referendo, iniciativa popular ou ação popular.

É correto o que se afirma em:

a) I, apenas.
b) III, apenas.
c) I e II, apenas.
d) II e III, apenas.
e) I, II e III.

2. Em 2011, o Estado do Pará, por meio de decreto legislativo, convocou seus eleitores a se manifestarem sobre a criação de dois novos Estados, Tapajós e Carajás, pelo desmembramento de seu território. Foram realizadas audiências públicas e campanha pela criação desses novos Estados. Sobre o tema, é correto afirmar:

a) Para se criar novos Estados, faz-se necessária a aprovação da população diretamente interessada, do Congresso Nacional e que isso seja feito por meio de lei complementar.
b) Para criar novos Estados, faz-se necessária a apresentação de estudo de viabilidade, que demonstrará especialmente a capacidade econômica da região.
c) A consulta popular para a criação dos novos Estados, por desmembramento do Estado do Pará, foi feita por meio de referendo.
d) O plebiscito é consulta popular que deverá ser utilizada nos casos de criação, incorporação, desmembramento e fusão de Estados.
e) Para criar os novos Estados, faz-se necessária a edição de lei de iniciativa popular, cujo projeto seja apresentado à Câmara dos Deputados e subscrito por 5% do eleitorado nacional, distribuídos em ao menos cinco Estados, com não menos do que 0,3% dos eleitores de cada um deles.

3. Uma das formas de exercício da soberania é a iniciativa popular de lei, nos termos do art. 14, III, da CF/88. O caso mais recente de iniciativa popular de lei que foi aprovada e está em vigor é a Lei da Ficha Limpa, que objetiva vetar a candidatura de pessoas condenados em julgamentos colegiados, proferidos pelos tribunais do país, ainda que não haja o trânsito em julgado da decisão.
Diante disso, avalie as assertivas a seguir e, na sequência, assinale a alternativa correta:
I. Para apresentar o projeto de lei de iniciativa popular no Senado Federal, foi necessária a subscrição do projeto por pelo menos 1,3 milhão de assinaturas de eleitores de vários Estados e do Distrito Federal, o que representava à época 1% do eleitorado nacional.
II. As assinaturas foram organizadas por Estados, para demonstrar que foram colhidas em ao menos cinco Estados da Federação.
III. Cada um dos Estados deveria contar com a adesão ao projeto de lei de ao menos 0,3% de seu eleitorado.
IV. Há a hipótese constitucionalmente prevista de iniciativa popular de lei somente na esfera municipal, em que se faz necessária a subscrição do projeto de lei por pelo menos 5% dos eleitores do Município, mas não na esfera estadual.

a) Somente I está correta.
b) Somente III está correta.
c) Somente II e III estão corretas.
d) Somente I, II e III estão corretas.
e) Somente I e IV estão corretas.

Seção 4.2

Nacionalidade: pressupostos conceituais

Diálogo aberto

Vamos, nesta seção, retomar o contexto de aprendizagem: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido te consultou para que você, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

Relembrando o problema, destacamos na seção anterior que apesar de o *caput* do art. 5º, da CF/88, traçar o princípio da igualdade, a própria CF/88 prevê situações em que o tratamento dos brasileiros e dos estrangeiros será diferenciado. Entre essas situações estão os direitos políticos, que não são, em geral, atribuídos aos estrangeiros.

Na seção 4.1, estudamos os direitos políticos, os partidos políticos e as questões atinentes à fidelidade partidária para responder à seguinte situação-problema: Como você, avalia a alistabilidade e a elegibilidade do Sr. Joaquim antes e depois da naturalização? Como estrangeiro, ele poderia se filiar a um partido político? E como brasileiro naturalizado?

Agora, na seção 4.2, analisaremos especialmente os pressupostos conceituais da nacionalidade, suas espécies, critérios e as normas constitucionais aplicáveis aos brasileiros natos e aos naturalizados. Buscaremos aqui argumentos para responder a seguinte situação-problema: Considerando o caso do Sr. Joaquim, que nasceu em Portugal, mas com 30 anos veio com a sua família para o Brasil, chegando ao país

em 2000, quais são os direitos fundamentais a ele aplicados enquanto estrangeiro no país: direitos individuais, coletivos, sociais e políticos? Quais são os requisitos que ele deverá observar para requerer a sua naturalização? A partir de então, conservaria ele a nacionalidade portuguesa? E quais os direitos fundamentais o alcançariam a partir da naturalização?

A análise da situação-problema apontada demanda o conhecimento das espécies de direitos fundamentais, lembrando que, conforme estudamos na seção 3.2, os direitos fundamentais compreendem não apenas os direitos individuais, coletivos e sociais, mas também os direitos políticos, os partidos políticos e os direitos de nacionalidade. Assim, nesta unidade de ensino, vamos prosseguir com nossa análise sobre os direitos fundamentais, tratando dos direitos políticos, dos partidos políticos e dos direitos relativos à nacionalidade.

Não pode faltar

Para resolvermos a situação-problema proposta nesta seção, vamos à teoria que nos ajudará a fundamentar nossa resposta.

Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; BRANCO, 2015) afirma que são elementos do Estado o território, a soberania e o povo e que para formá-lo é necessário que se estabeleça um vínculo político e pessoal entre o Estado e o indivíduo. Essa conexão é estabelecida pela nacionalidade, que faz com que determinado indivíduo integre uma comunidade política. Por isso, faz-se necessário distinguir o nacional e o estrangeiro. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 139), "por nacionalidade, compreende-se o *status* do indivíduo em face do Estado". Ela é, portanto, o vínculo jurídico estabelecido entre a pessoa e o Estado. Nesse sentido, em face dele, toda pessoa deverá ser considerada nacional, hipótese em que se enquadra o brasileiro nato e o naturalizado, ou estrangeira.

Vale lembrar que, conforme estudamos na seção 3.2, o art. 5º, *caput*, da CF/88, confere aos estrangeiros residentes no país o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Além disso, o art. 5º, XV, da CF/88, assegura a liberdade de locomoção no território nacional, em tempo de paz, podendo, nesse período, qualquer pessoa, inclusive estrangeiros, nele entrar, permanecer ou sair, com seus bens. Trata-se de norma de eficácia contida, conforme a classificação das

normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, elaborada por José Afonso da Silva, tendo o seu alcance sido restringido por força da Lei 6.815/1980, a que costumamos chamar de Estatuto do Estrangeiro.

Como vimos, a nacionalidade é direito fundamental, bem como os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos e os partidos políticos. Sabendo disso, devemos nos lembrar que esses direitos possuem as seguintes características, conforme estudamos na seção 3.1: (i) historicidade: os direitos fundamentais nascem, modificam-se e desaparecem ao longo da história; (ii) imprescritibilidade: eles não prescrevem com o decurso do tempo, são permanentes; (iii) inalienabilidade: por não possuírem conteúdo patrimonial, não podem ser alienados, transferidos nem negociados; (iv) irrenunciabilidade: em regra, não podem ser renunciados, mas há casos em que isso ocorre temporariamente, como nos *reality shows*; (v) inviolabilidade: não devem ser violados pela legislação infraconstitucional nem por atos administrativos, expedidos por autoridades públicas, podendo, no entanto, ser limitados por lei, desde que observada a teoria do limite dos limites, ancorada na razoabilidade e na proporcionalidade; (vi) universalidade: abrangem todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política ou filosófica; (vii) efetividade: devem ter a sua efetividade assegurada pelo Poder Público; (viii) interdependência: são autônomos, mas mantêm interseções para assegurar a sua efetividade; (ix) complementariedade: devem ser interpretados de forma conjunta, com o intuito de alcançar a finalidade proposta pelo legislador; (x) limitabilidade ou relatividade: não possuem natureza absoluta.

A nacionalidade é pressuposto da cidadania. É necessário que haja o vínculo jurídico existente entre a pessoa e o Estado para que aquela possa se alistar eleitoralmente e, a partir de então, ser considerada cidadã.

Reflita

Considerando que a nacionalidade é pressuposto da cidadania e que são considerados nacionais tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado, o brasileiro naturalizado poderá votar? Quais são os requisitos, estudados na seção 4.1, para tanto? O brasileiro naturalizado poderá propor ação popular?

A nacionalidade pode ser adquirida de duas formas, segundo o art. 12, da CF/88: pelo nascimento daqueles que denominamos brasileiros natos, que possuem a chamada nacionalidade originária, genuína, primária ou de 1º grau, gerada pelo nascimento; e a nacionalidade adquirida pela naturalização dos chamados brasileiros naturalizados, que possuem a nacionalidade derivada, decorrente, secundária ou de 2º grau, gerada pela manifestação de vontade do interessado.

O art. 12, I, da CF/88, traz os critérios para identificação do brasileiro nato. Duas teorias são aplicadas, nesse caso. Vamos a elas:

Jus soli: trata-se da nacionalidade conferida a todos que nasceram na República Federativa do Brasil, considerando aqui seu território, entendido, segundo José Afonso da Silva (2015, p. 330), como "o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre as pessoas e os bens". Nesse sentido, o território é composto por: (i) terras delimitadas por suas fronteiras geográficas, com rios, lagos, baías, ilhas, além do espaço aéreo e do mar territorial; (ii) os navios e aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; (iii) os navios mercantes brasileiros que estejam em alto mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; (iv) as aeronaves civis brasileiras em voo sobre o alto mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaços aéreos estrangeiros. São, portanto, brasileiros natos, segundo a teoria *jus soli*, os nascidos no Brasil, ainda que filhos de estrangeiros, desde que tanto o pai quanto a mãe não estejam a serviço de seu país, de acordo com o art. 12, I, a, da CF/88.

Jus sanguinis: o critério para a atribuição da nacionalidade deixa de ser o local de nascimento, passando a ser a filiação, ou seja, o vínculo jurídico estabelecido entre genitor ou genitora e o Estado. São brasileiros natos, de acordo com a teoria *jus sanguinis*, com base no vínculo jurídico daqueles que nasceram no estrangeiro, filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a serviço do país, nos termos do art. 12, I, b, da CF/88. Note que, nesse caso, basta que um dos pais, a serviço do país no exterior, seja brasileiro. Segundo Francisco Rezek (apud MENDES; BRANCO, 2015, p. 699), configura "a serviço do Brasil", conforme designado pela norma constitucional, o serviço prestado à organização internacional de que a República Federativa do Brasil faça parte, independentemente da designação do agente por órgão governamental brasileiro.

Exemplificando

O art. 227, §6º, da CF/88, determina que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Nesse sentido, a nacionalidade dos filhos adotivos de pai ou mãe que estejam a serviço da República Federativa do Brasil no exterior, será conferida desde o nascimento e não desde a adoção. Para tanto, faz-se necessário que se verifique a legitimidade do procedimento de adoção, que, sendo considerada válida, faz com que o adotado adquira a condição de nacional como o filho havido na relação matrimonial.

Faça você mesmo

A partir do exemplo anteriormente dado, vamos pensar no seguinte caso: O filho havido por mulher brasileira casada com brasileiro a serviço da República Federativa do Brasil no exterior, mas que seja fruto de relação extraconjugal mantida com estrangeiro, será considerado brasileiro nato?

A partir desse questionamento, vamos prosseguir para a outra hipótese de reconhecimento da nacionalidade, pelo critério *jus sanguinis*. Também são brasileiros natos, com base no vínculo jurídico daqueles que nasceram no estrangeiro, filhos de mãe ou pai brasileiro, nato ou naturalizado, desde que: (i) seja registrado em repartição competente (diplomática ou consular). Nesse caso, a nacionalidade brasileira originária pode ser concedida a um brasileiro que não possui qualquer vínculo com o país e que nunca venha a conhecer ou residir no Brasil nem falar a língua portuguesa. Todavia, isso evita que os filhos de pai e mãe brasileiros, nascidos em países que adotam somente o critério jus sanguinis, fiquem sem nacionalidade; ou (ii) venham a residir no Brasil e optem a qualquer tempo, após a maioridade civil, pela nacionalidade brasileira. Esse é o caso da chamada nacionalidade potestativa ou personalíssima, porque os efeitos da nacionalidade decorrem da manifestação de vontade do interessado.

Vocabulário

Talvez você nunca tenha ouvido a palavra "heimatlos" ou não saiba o que ela quer dizer. Trata-se de pessoas sem nacionalidade, ou seja, apátrida, o que é intolerável para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que determina que todos têm direito a uma nacionalidade, conforme determina o seu art. XV, 1.

Foi justamente para evitar a existência de heimatlos filhos de brasileiros que, após a Emenda Constitucional de Revisão, de 1994, que suprimiu a possibilidade de registro dos filhos de brasileiros, nascidos no exterior, em repartições consulares, foi editada a Emenda Constitucional 54, de 20 de dezembro de 1997, que alterou o art. 12, I, c, da CF/88, e incluiu o art. 95 ao ADCT, para assegurar que "os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil".

Assimile

Vamos verificar as hipóteses que se enquadram nas teorias relativas à aquisição da nacionalidade pelos brasileiros natos: Jus soli (art. 12, I, a, da CF/88): São brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que filhos de estrangeiros, desde que tanto o pai quanto a mãe não estejam a serviço de seu país; Jus sanguinis (art. 12, I, b e c da CF/88): São brasileiros natos: (i) os que nasceram no estrangeiro, filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a serviço do país; e (ii) os que nasceram no estrangeiro, filho de pai ou de mãe brasileira, desde que: (a) seja registrado em repartição competente (consulado brasileiro); ou (b) venham a residir no Brasil e optem a qualquer tempo, após a maioridade civil, pela nacionalidade brasileira.

O art. 12, II, da CF/88, por sua vez, traz os critérios correlatos à identificação dos brasileiros naturalizados. Trata-se de forma de aquisição da nacionalidade secundária pelo processo de naturalização. A CF/88 traz ainda uma regra de reciprocidade, aplicada em relação aos portugueses, que não se configura como forma de aquisição

secundária da nacionalidade, mas apenas de equiparação em relação aos direitos conferidos aos brasileiros naturalizados. Nesse caso, o português continuará sendo estrangeiro. Vamos a ela:

- Quase nacionalidade: segundo o art. 12, §1º, da CF/88, havendo reciprocidade em relação aos brasileiros, aos portugueses com residência permanente no país serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado, observadas as ressalvas contidas na CF/88. Nesse caso, o português poderá se alistar eleitoralmente e ser considerado cidadão sem, contudo, ser nacional.

O art. 112, do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/1980, exige dos demais estrangeiros os seguintes requisitos para a naturalização: (i) quatro anos de residência contínua no Brasil, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; (ii) capacidade civil, conforme a legislação brasileira; (iii) registro como permanente no Brasil; (iv) domínio da leitura e escrita na língua portuguesa; (v) condições de sustento próprio; (vi) boa saúde; e (vii) idoneidade. Se o naturalizando tiver cônjuge ou filho brasileiro, o prazo de quatro anos é reduzido para um ano. Outras causas de redução desse prazo são a prestação de serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministério da Justiça, ser recomendado por sua capacidade artística, intelectual ou profissional, ser proprietário de imóvel, possuir cota integralizada de empresa ou ser industrial, nos termos do art. 113, do citado estatuto.

A naturalização não confere ao cônjuge ou ao filho do naturalizado a prerrogativa de ingresso ou radicação no Brasil sem o cumprimento das exigências legais para tanto, nem confia a ele a nacionalidade brasileira automaticamente.

O art. 12, §2º, da CF/88, determina que a lei não poderá estabelecer distinções entre os brasileiros natos e os naturalizados, exceto nos casos constitucionalmente previstos. Podemos aqui elencar essas distinções, previstas na CF/88:

- Art. 5º, LI, da CF/88: veda a extradição de brasileiro nato, mas afirma que o naturalizado poderá ser extraditado em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

- Art. 12, §3º, da CF/88: elenca quais são os cargos privativos dos

brasileiros natos, que serão estudados na seção 4.4, mas que ficam aqui apontados: (i) Presidente da República e vice; (ii) Presidente da Câmara dos Deputados; (iii) Presidente do Senado Federal; (iv) Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF); (v) da carreira diplomática; (vi) oficial das Forças Armadas; (vii) Ministro de Estado da Defesa.

- Art. 89, VII, da CF/88: cidadãos que compõem o Conselho da República.

- Art. 222, da CF/88: a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão é privativa de brasileiro nato ou naturalizado há mais de 10 anos.

José Afonso da Silva (2015, p. 336) traz uma regra bastante útil no estudo dos brasileiros nato e naturalizado e da qual não podemos nos esquecer: "se a Constituição só fala em brasileiro, sem qualquer qualificativo, para qualquer fim, a expressão inclui o nato e o naturalizado; se quer excluir esse último, expressamente menciona brasileiro nato".

Como salienta Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; BRANCO, 2015), é possível que determinados indivíduos possuam mais de uma nacionalidade e serão chamados polipátridas. Isso poderá ocorrer quando o nacional brasileiro já adquire, naturalmente, a segunda nacionalidade, de país que usa como critério o *jus sanguinis*, e quando a naturalização se fizer como condição de permanência do brasileiro em território estrangeiro.

O estudo do tema deve ser aprofundado. Vamos a uma indicação de leitura?

Pesquise mais

A fonte mais completa de estudos sobre os brasileiros nato e naturalizado, que foi, por vezes, citada nesta seção:

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 328-337.

Agora, com base em tudo que estudamos nesta seção, vamos buscar a resposta para a situação-problema proposta?

Sem medo de errar

Para solucionarmos a situação-problema posta nesta seção, devemos retomar o contexto de aprendizagem proposto no início desta unidade de ensino: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido te consultou para que você, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

Nesta seção, estudamos os pressupostos conceituais da nacionalidade, suas espécies, critérios e as normas constitucionais aplicáveis aos brasileiros natos e aos naturalizados. Buscaremos aqui argumentos para responder à seguinte situação-problema: Vamos considerar o caso do Sr. Joaquim, que nasceu em Portugal, mas com 30 anos veio com a sua família para o Brasil, chegando ao país em 2000. Quais são os direitos fundamentais a ele aplicados enquanto estrangeiro no país: direitos individuais, coletivos, sociais e políticos? Quais são os requisitos que ele deverá observar para requerer a sua naturalização? A partir de então, conservaria ele a nacionalidade portuguesa? E quais os direitos fundamentais o alcançariam a partir da naturalização?

! Atenção

É muito importante que você se lembre do que dispõe o art. 5º, caput, da CF/88, que determina que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Além disso, o art. 12, §2º, da CF/88, determina que a lei não poderá estabelecer distinções entre os brasileiros natos e os naturalizados, exceto nos casos constitucionalmente previstos.

Diante de tudo que estudamos nesta seção, quais direitos fundamentais podem ser exercidos pelo Sr. Joaquim antes da naturalização? Quais as restrições a esses direitos, constitucionalmente previstas, a ele se aplicam?

Em relação aos critérios para naturalização do Sr. Joaquim, como você se posiciona?

Lembre-se

Lembre-se de que a CF/88 prevê as seguintes hipóteses de naturalização do estrangeiro:

• Ordinária (art. 12, II, a, da CF/88): aplica-se aos nascidos em países de língua portuguesa: (i) residência no país por um ano ininterrupto; e (iii) idoneidade moral.

• Extraordinária (art. 12, II, b, da CF/88): aplica-se aos estrangeiros em geral e tem como requisitos: (i) residência no país por 15 anos ininterruptos; e (ii) não possuir condenação penal.

• Quase nacionalidade (art. 12, §1º, da CF/88): aplica-se aos portugueses, desde que observados os seguintes requisitos: (i) haja reciprocidade em relação aos brasileiros; e (ii) residência permanente no país.

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Análise dos requisitos para naturalização de estrangeiro	
1. Competência de fundamentos de área	Compreender a nacionalidade enquanto direito fundamental, sua definição e as hipóteses para identificar o brasileiro nato e naturalizado.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar a classificação da nacionalidade em primária, para identificar os brasileiros natos que a adquirem pelo nascimento ou filiação, e em secundária, para identificação dos brasileiros naturalizados.
3. Conteúdos relacionados	• Nacionalidade. • Brasileiro nato: critérios *jus soli* e *jus sanguinis*. • Brasileiro naturalizado: originária, extraordinária e quase nacionalidade.

4. Descrição da SP	Um alemão, que se mudou definitivamente para o Brasil há 18 anos para assumir um cargo em uma empresa multinacional, casou-se com uma sueca, que trabalha na mesma empresa, e está no país há 10 anos. Juntos eles tiveram um filho no Brasil, que completou recentemente três anos. Qual a nacionalidade do filho dos estrangeiros nascido no Brasil? Quais critérios devem observar os pais caso queiram se naturalizar brasileiros?
5. Resolução da SP	Para responder às perguntas, deve-se ter em mente que existem duas formas de aquisição da nacionalidade brasileira: a originária, correlata ao brasileiro nato, que tem como fato gerador o nascimento ou a filiação, e a secundária, relativa aos brasileiros naturalizados, que deverá observar os requisitos postos no art. 12, da CF/88, bem como no Estatuto do Estrangeiro. Diante disso, o filho dos estrangeiros deve ser considerado um brasileiro nato? Qual o critério utilizado para tanto: *jus soli* ou *jus sanguinis*? E quanto à naturalização dos pais? Em que hipótese cada um deles se enquadra: ordinária, extraordinária ou quase nacionalidade? Eles devem preencher os requisitos postos na CF/88 ou no Estatuto do Estrangeiro?

Lembre-se

Lembre-se de que além de a CF/88 prever as seguintes hipóteses de naturalização do estrangeiro, o Estatuto do Estrangeiro também traz regras específicas para tanto. Com base no art. 12, da CF/88, podemos elencar os seguintes requisitos para cada caso: (i) ordinária: (a) estrangeiro nascido em países de língua portuguesa; (b) residência no país por um ano ininterrupto; e (c) idoneidade moral; (ii) extraordinária: (a) estrangeiro nascido em países que não tenham a língua portuguesa como oficial; (b) residência no país por 15 anos ininterruptos; e (c) não possuir condenação penal; (iii) quase nacionalidade: (a) aplica-se somente aos portugueses; (b) desde que haja reciprocidade em relação aos brasileiros; e (c) residência permanente no país.

O art. 112, do Estatuto do Estrangeiro, exige dos demais estrangeiros os seguintes requisitos para a naturalização: (i) quatro anos de residência contínua no Brasil, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; (ii) capacidade civil, conforme a legislação brasileira; (iii) registro como permanente no Brasil; (iv) domínio da leitura e escrita na língua portuguesa; (v) condições de sustento próprio; (vi) boa saúde; e (vii) idoneidade.

Faça você mesmo

Agora, você está habilitado a responder diversas questões que versam sobre a definição e os critérios de reconhecimento do

brasileiro nato e do brasileiro naturalizado. Sendo assim, como você avalia a seguinte questão: um casal de brasileiros, a serviço da República Federativa do Brasil, se muda para Londres e lá adota um bebê inglês. Qual será a nacionalidade do filho adotivo do casal? Qual o critério utilizado para defini-la?

Faça valer a pena

1. A nacionalidade é direito fundamental, bem como os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos e os partidos políticos. A partir disso, podemos afirmar que são características do direito de nacionalidade, EXCETO:

a) Prescritibilidade: o direito de nacionalidade prescreve com o decurso do tempo.
b) Inalienabilidade: ele não possui conteúdo patrimonial, não podendo ser alienado, transferido nem negociado.
c) Inviolabilidade: não deve ser violado pela legislação infraconstitucional nem por atos administrativos, expedidos por autoridades públicas, podendo, no entanto, ser limitado por lei, desde que observada a teoria do limite dos limites, ancorada na razoabilidade e na proporcionalidade.
d) Universalidade: abrange todos os indivíduos, independentemente de sexo, raça, credo ou convicção política ou filosófica.
e) Limitabilidade ou relatividade: não possui natureza absoluta, motivo pelo qual se verifica.

2. Um brasileiro mudou-se definitivamente para a França e lá se apaixonou por uma francesa, que conheceu na empresa em que trabalhava. Eles se casaram e tiveram um filho menos de dois anos após a mudança do brasileiro para aquele país. Para que a criança possua a nacionalidade brasileira, os pais poderão:
I. Registrá-la na repartição brasileira competente.
II. Instruí-la a, a qualquer tempo, residir na República Federativa do Brasil e, depois de atingida a maioridade, optar pela nacionalidade brasileira.
III. Sendo o pai da criança brasileiro, seja qual for o local de nascimento da criança, ela será considerada brasileira nata.
A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

a) As asserções I, II e III são proposições verdadeiras.
b) As asserções I e II são proposições verdadeiras.
c) As asserções I e III são proposições verdadeiras.

d) Somente a asserção III é uma proposição verdadeira.
e) Todas as asserções são falsas.

3. Após o avanço do Estado Islâmico pelo território sírio, milhares de sírios fugiram de sua terra natal e se refugiaram em países como o Brasil. Um casal de sírios que estabeleceu residência em São Paulo chegou ao país esperando um filho, que nasceria em poucas semanas. Diante disso, pergunta-se sobre a nacionalidade do filho do casal de sírios:
a) De acordo com o critério *jus soli*, o filho dos sírios nascido no Brasil será brasileiro.
b) Com base no critério *jus sanguinis*, adotado na maioria dos países, o filho do casal de sírios jamais será considerado brasileiro nato.
c) A criança somente poderá adquirir a nacionalidade brasileira por meio da naturalização.
d) Pelo critério *jus soli*, a criança, filha do casal de sírios refugiado no Brasil, será considerada brasileira nata apenas se os pais da criança providenciarem o registro na repartição diplomática ou consular competente.
e) Pelo critério *jus sanguinis*, a criança, filha do casal de sírios refugiado no Brasil, será considerada brasileira nata desde que seus pais estejam a serviço da República Federativa do Brasil.

Seção 4.3

Nacionalidade: brasileiro nato ou naturalizado

Diálogo aberto

Vamos a mais uma seção do nosso estudo da "Teoria geral do direito constitucional". Estamos estudando "Direitos, partidos políticos e nacionalidade" e nesta seção, vamos novamente retomar a situação geradora de aprendizado: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido te consultou para que você, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014. Vimos que apesar de o *caput* do art. 5º, da CF/88, determinar o princípio da igualdade, a própria CF/88 prevê situações em que o tratamento dos brasileiros e dos estrangeiros será diferenciado.

Na seção 4.1, fizemos o estudo dos direitos políticos, partidos políticos e das questões atinentes à fidelidade partidária e você, avaliou a alistabilidade e a elegibilidade do Sr. Joaquim antes e depois da naturalização. Como estrangeiro, ele poderia se filiar a um partido político? E como brasileiro naturalizado? Na seção 4.2, analisamos especialmente os pressupostos conceituais da nacionalidade, suas espécies, critérios e as normas constitucionais aplicáveis aos brasileiros natos e aos naturalizados, os direitos fundamentais aplicados ao Sr. Joaquim enquanto estrangeiro no país e os requisitos que ele deverá observar para requerer a sua naturalização. A partir disso, analisamos se ele conservaria a nacionalidade portuguesa e os direitos fundamentais que o alcançariam a partir da naturalização. Agora, na seção 4.3, estudaremos a naturalização ordinária e extraordinária, a quase nacionalidade e as hipóteses de extradição. Ainda responderemos: o

Sr. Joaquim, português que veio para o Brasil no ano 2000, quando tinha 30 anos, acompanhado de sua família para fixar residência no país, poderia optar por qual tipo de naturalização: ordinária ou extraordinária? Quais são os requisitos que ele deverá observar para tanto? A partir da naturalização, há hipótese de extradição aplicável a ele? Para tanto, deveremos: (i) compreender os requisitos para a naturalização ordinária e extraordinária; (ii) entender o alcance da quase nacionalidade; e (iii) estudar os casos de extradição: expulsão, deportação e extradição.

Não pode faltar

A nacionalidade, juntamente com os direitos individuais, coletivos, sociais e os partidos políticos, é direito fundamental e, segundo Ferreira Filho (2015, p. 139), "por nacionalidade, compreende-se o *status* do indivíduo em face do Estado". Ela é, portanto, o vínculo jurídico estabelecido entre a pessoa e o Estado. Nesse sentido, toda pessoa deverá ser considerada nacional, hipótese em que se enquadra o brasileiro nato e o naturalizado, ou estrangeira.

Figura 4.2 | Naturalização

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA
DEPARTAMENTO DE ESTRANGEIROS

CERTIFICADO DE NATURALIZAÇÃO

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, em conformidade com o artigo 119 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, com redação dada pela Lei nº 6.964, de 09 de dezembro de 1981, combinado com o artigo 128 do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981,

CERTIFICA que, pela Portaria nº **229**, de **27 de junho de 2013**, do Senhor Secretário Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, publicada no Diário Oficial da União de **1 de julho de 2013**, foi concedida a nacionalidade brasileira, por naturalização, nos termos do artigo **12**, inciso **II**, alínea **"b"** da Constituição Federal, e em conformidade com o artigo **43** da Lei nº 6.815/80, regulamentada pelo Decreto n.86.715, de 10 de dezembro de 1981, a **[redacted], natural da Índia, nascido em [redacted] de novembro de 1954, filho de [redacted] e de [redacted], residente no Estado do Rio de Janeiro**, a fim de que possa gozar dos direitos outorgados pela Constituição e leis do Brasil.

Brasília, 31 de julho de 2013.

José Eduardo Cardozo
Ministro de Estado da Justiça

Processo nº: [redacted]

Fonte: <http://psamiracema.blogspot.com.br/2013/10/naturalizacao-brasileira-do-monsenhor.html>. Acesso em: 26 jan. 2016.

Vamos, agora, retomar as hipóteses de naturalização, do art. 12, II, da CF/88, que foram apresentadas na seção 4.2. Para tanto, devemos relembrar que a naturalização é caso de aquisição secundária da nacionalidade, também chamada decorrente, de 2º grau ou derivada, porque não decorre do nascimento nem da consanguinidade, mas da manifestação de vontade do estrangeiro, desde que cumpridos os requisitos previstos na CF/88 e no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). A Constituição de 1891 previa a hipótese da naturalização tácita dos estrangeiros que estivessem no Brasil em 15 de novembro de 1889 e que não declarassem, em seis meses, a intenção de conservar a nacionalidade originária, ou daqueles estrangeiros que tivessem filhos brasileiros. Todavia, hoje, a CF/88 contempla somente a naturalização expressa, ou seja, que decorre da manifestação de vontade dos que desejam adquirir a nacionalidade brasileira secundária. São hipóteses de naturalização:

- **Ordinária (art. 12, II, a, da CF/88)**: aplica-se ao estrangeiro que tenha nascido em país lusófono, ou seja, de língua portuguesa (Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Macau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste), que tenha residência no Brasil por um ano ininterrupto e idoneidade moral comprovada.

- **Extraordinária (art. 12, II, b, da CF/88)**: aplica-se ao estrangeiro de qualquer nacionalidade e que venha a requerer a nacionalidade brasileira, desde que comprove residência no Brasil há mais de 15 anos ininterruptamente e que não tenha condenação penal. Vale notar que a

Emenda Constitucional de Revisão, qual seja, a Emenda 03/1994, reduziu o prazo de 30 para 15 anos. Segundo José Afonso da Silva (2015), trata-se de direito subjetivo do interessado, que deverá apenas formular requerimento, preenchidos os pressupostos de 15 anos de residência ininterrupta no país e de ausência de condenação penal.

Ressalvado o posicionamento adotado por José Afonso da Silva, vale notar que, em sentido contrário, o STF decidiu na Extr. 1.223/DF, com base nos arts. 111 e 121, da Lei 6.815/1980, que a naturalização é ato de soberania de competência do Ministro da Justiça, sendo a sua concessão ato discricionário do Poder Executivo. Sendo assim, não basta que o estrangeiro preencha os requisitos para obtenção da

naturalização, porque a sua concessão depende da conveniência e oportunidade do Poder Executivo concedê-la.

A aquisição da condição de brasileiro naturalizado não ocorre com a concessão da naturalização pelo Ministro da Justiça. Conforme os arts. 119 e 122, ambos da Lei 6.815/1980, ela somente ocorrerá com a entrega do certificado de naturalização pelo magistrado competente, conferindo ao naturalizado todas as condições para gozo dos direitos civis e políticos concernentes.

Além disso, aos portugueses com residência permanente no país, desde que haja reciprocidade em favor do brasileiro, o art. 12, §1º, da CF/88, atribui os direitos inerentes aos brasileiros, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente previstas. O citado parágrafo do art. 12, da CF/88, contempla a figura da **quase nacionalidade**.

Figura 4.3 | Quase nacionalidade

Fonte: <http://www.palpitedigital.com.br/wp/2014/01/21/como-tirar-dupla-nacionalidade/>. Acesso em: 20 jan. 2016.

De fato, conforme informa José Afonso da Silva (2015, p. 340-341), a Constituição Portuguesa prevê que:

> **Aos cidadãos dos países de língua portuguesa podem ser atribuídos, mediante convenção internacional e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso à titularidade dos órgãos de soberania e dos órgãos de governo próprio das regiões autônomas, o serviço das forças armadas e a carreira diplomática.**

Enquanto a CF/88 outorga diretamente esses direitos, a Constituição Portuguesa faculta a sua concessão, subordinando-a à existência de convenção internacional e à reciprocidade. Sendo assim, caso Portugal confira um direito aos brasileiros, os portugueses adquirem aqui o mesmo direito automaticamente, salvo se constituírem uma das hipóteses constitucionalmente previstas de aplicação somente ao brasileiro nato.

Retomando o art. 15, da Constituição Portuguesa, os órgãos de soberania são, conforme art. 113, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. Dessa forma, brasileiros não poderão ocupar os seguintes cargos em Portugal: Presidente da República, Deputado, Primeiro-Ministro, Ministros, Secretários e Subsecretários de Estado.

A CF/88 admite a possibilidade de o português aqui residente ocupar os cargos de Ministro de Estado, Senador, Deputado federal e estadual, Governador de Estado, Secretário de Estado, Prefeito e Vereador. Todavia, o acesso dos portugueses a esses cargos no Brasil está vedado justamente por não haver reciprocidade em Portugal.

Vale notar que o Estatuto da Igualdade entre portugueses e brasileiros, que entrou em vigor em 2001, substituindo a Convenção firmada em 07 de setembro de 1971, contempla a igualdade de direitos e obrigações civis e a igualdade de direitos políticos. No caso da igualdade de direitos e obrigações civis, o português deverá formular requerimento e dirigi-lo ao Ministro da Justiça, comprovando a sua nacionalidade, a sua capacidade civil, admissão permanente no Brasil e o gozo dos direitos em Portugal, os quais pretende usufruir no Brasil. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; BRANCO, 2015, p. 703),

> **reconhecida a igualdade plena, poderá o beneficiário votar e ser votado, bem como ser admitido no serviço público. Assinale-se que o titular do estatuto pleno passa a ter deveres como o concernente à obrigatoriedade do voto. Nos termos do tratado, os direitos políticos não podem ser usufruídos no Estado de origem e no Estado de residência. Assim, assegurado esse direito no Estado de residência, ficará ele suspenso no Estado de origem.**

Nesse ponto deve-se observar a possibilidade de um português, que não é um nacional, ou seja, que não possui a nacionalidade brasileira, ser cidadão brasileiro, ou seja, possuir a prerrogativa de votar e de ser votado, observados os cargos, funções e propriedade constitucionalmente reservados aos brasileiros natos.

Não se pode afirmar que os portugueses beneficiários do Estatuto da Igualdade possuem situação idêntica à do brasileiro naturalizado, porque eles não poderão, por exemplo, prestar o serviço militar obrigatório e se submeterão à expulsão e extradição, quando requerida por Portugal. Ademais, a proteção diplomática no exterior do português beneficiário deverá ser feita por Portugal e não pelo Brasil. Por fim, o benefício da igualdade será extinto no caso de expulsão ou de perda de nacionalidade portuguesa. Verificada a perda dos direitos políticos em Portugal, esses direitos serão igualmente perdidos no Brasil, fazendo com que o titular do estatuto passe a deter apenas a igualdade civil.

No caso da quase nacionalidade, os portugueses continuarão sendo estrangeiros para todos os efeitos jurídicos no país. Porém, verificado que eles mantêm residência permanente no Brasil e havendo reciprocidade em Portugal em relação ao tratamento conferido aos brasileiros, a eles serão apenas atribuídos os direitos correlatos aos brasileiros.

De acordo com José Afonso da Silva (2015, p. 344),

> **os estrangeiros não adquirem direitos políticos, só atribuídos aos brasileiros natos ou naturalizados. Portanto, não são alistáveis eleitores nem, por consequência, podem votar ou ser votados (art. 14, §2º). Por isso também é que não podem ser membros de partidos políticos, que é uma prerrogativa da cidadania.**

O art. 12, §2º, da CF/88, assevera que "a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição". Sendo assim, em regra, os brasileiros natos e naturalizados são iguais perante a lei e a CF/88, mas a própria norma constitucional poderá estabelecer distinções entre eles, o que é feito nas seguintes hipóteses:

- Cargos privativos de brasileiros natos (art. 12, §3º, da CF/88): estudaremos cada um desses cargos na seção 4.4.

- Participação no Conselho da República (art. 89, VII, da CF/88): também será estudada na seção 4.4.

- Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão (art. 222, da CF/88): é privativa de brasileiros e de naturalizados há mais de dez anos. Estrangeiros poderão adquirir até 30% do capital dessas empresas na condição de investidores, mas não poderão exercer a função de administradores.

- Extradição (art. 5º, LI e LII, da CF/88): segundo José Afonso da Silva (2015, p. 345), "é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo". O art. 5º, LI, da CF/88, determina que "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei". Sendo assim, o brasileiro nato não será extraditado em nenhuma hipótese. No entanto, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado por crime comum, praticado antes da naturalização. Depois de naturalizado, ele somente poderá ser extraditado por comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Por outro lado, o estrangeiro poderá ser extraditado, somente sendo protegido da extradição em caso de crime político e de opinião, conforme art. 5º, LII, da CF/88.

Reflita

O art. 5º, LII, da CF/88, determina que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". Note que o inciso trata apenas do estrangeiro. No entanto, poderíamos interpretá-lo extensivamente para abranger também o brasileiro naturalizado nesse rol? Seria necessário estender essa proteção ao brasileiro naturalizado ou o inciso LI do citado artigo já deixa claro que, após a naturalização, a única hipótese de extradição a ele aplicável é o comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins?

As hipóteses de extradição, previstas no art. 5º, LI e LII, da CF/88, podem ser assim sintetizadas:

Quadro 4.3 | Hipóteses de extradição

EXTRADIÇÃO	BRASILEIRO NATO	BRASILEIRO NATURALIZADO	ESTRANGEIRO
Regra	Não	Não	Sim
Exceção	A extradição não se aplica ao brasileiro nato.	Antes da naturalização: por qualquer crime. Após a naturalização: somente por tráfico de drogas. Obs.: Não será extraditado por crime político e de opinião.	Somente não será extraditado por crime político e por crime de opinião.

Fonte: elaborado pela autora.

A extradição está prevista na legislação infraconstitucional nos arts. 76 a 84, da Lei 6.815/1980. Ela depende da existência de tratado internacional firmado entre os países envolvidos, o que se aplica inclusive em relação a Portugal, nos termos do art. 76, da Lei 6.815/1980, ou da existência de reciprocidade.

No entanto, vale notar que José Afonso da Silva (2015, p. 345) entende ser inconstitucional o §1º, do art. 77, que determina que "a exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal". A exceção citada se refere ao crime político, que, portanto, não impediria a extradição, contrariando o disposto no art. 5º, LII, da CF/88, uma vez que o fato principal para a tutela constitucional, nesse caso, será sempre o crime político que predomina diante de qualquer outra circunstância.

Compete ao STF, além da guarda da CF/88, processar e julgar originariamente, entre outros casos, a extradição solicitada por Estado estrangeiro, nos termos do art. 102, I, g, da CF/88. Além disso, nos termos do art. 77, §2º, da Lei 6.815/1980, compete ao STF a apreciação do caráter da infração, podendo ainda não considerar crime político "os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social", conforme o §3º do mesmo artigo. Em relação ao terrorismo, devemos ter em mente que a CF/88 o repudia expressamente por meio de um dos princípios que regem as relações internacionais, previsto no art. 4º, VIII, conforme estudamos na seção 1.2. Além disso, no art. 5º, XLIII, da CF/88, o

terrorismo é elencado como crime inafiançável, devendo o STF agir com parcimônia ao verificar se se trata ou não de crime inafiançável.

Conforme a Súmula 421, do STF, a existência de relações familiares, de filhos brasileiros, cônjuge ou companheiro do extraditando, ainda que dependentes economicamente dele, não possui relevância jurídica para determinar ou não a extradição. Sendo assim, a existência de laços familiares não impede a extradição.

Além disso, compete notar que a jurisprudência do STF (Extr. 1.104/Reino Unido, Extr. 633/China, Extr. 1.060/Peru, Extr. 1.069/EUA) se firmou no sentido de que para que a extradição seja concedida, em caso de crime punível com prisão perpétua ou pena de morte, vedadas em nosso ordenamento por força do art. 5º, XLVII, da CF/88, o seu deferimento fica condicionado à conversão da pena. Para tanto, o Estado que requereu a extradição deverá assumir formalmente o compromisso de comutar a pena de morte ou perpétua em pena restritiva de liberdade com o prazo máximo de 30 anos.

Exemplificando

O Governo da Itália pediu a extradição do ativista de extrema esquerda Cesare Battisti, condenado em seu país por múltiplos homicídios qualificados. Na condição de refugiado, reconhecida pelo governo brasileiro, em função de suas opiniões políticas, ele não poderia ser extraditado. Sobreveio decisão que deferiu o pedido de refúgio no país, o que ensejaria a libertação de Cesare Battisti e julgado prejudicado o pedido de extradição. Mas, conforme visto, nos termos do art. 77, §2º, da Lei 6.815/1980, compete ao STF a apreciação do caráter da infração, que entendeu se tratar de crime comum sem natureza política, ensejando, assim, a extradição do italiano. Decretada a extradição pelo STF, o Presidente da República pode, por meio do decreto presidencial, ou seja, ato discricionário que se submete à sua conveniência e oportunidade (o Presidente possui liberdade para agir dentro dos limites da lei interna e do tratado de extradição firmado entre os países envolvidos), determinar a execução da entrega do extraditando, tendo, pela primeira vez na história, a negado, por entender que se tratava de crime político. Esse ato de recusa da execução da entrega de Cesare Battisti ao governo italiano teve a sua constitucionalidade apreciada pelo STF, que, nesse momento, negou a extradição e concedeu o seu alvará de soltura.

Faça você mesmo

Que tal pensarmos em outra hipótese de extradição, porém, mais simples do que o caso de Cesare Battisti? Trata-se do pedido de extradição de um boliviano, formulado e devidamente instruído pelo governo da Bolívia, pela prática de confabulação, associação delituosa e tráfico de substâncias controladas (cocaína). Vale notar que tanto o governo brasileiro quanto o governo boliviano respeitaram o contraditório e a ampla defesa do extraditando. Sendo assim, você considera possível a extradição do boliviano? E se ele tivesse se naturalizado brasileiro, poderia ser extraditado? E se os crimes a que ele foi condenado na Bolívia fossem susceptíveis de pena de morte ou prisão perpétua?

Por fim, a extradição não se confunde com a expulsão nem com a deportação. É também importante compreender a figura do asilo político. Vamos definir cada um desses institutos para que você consiga claramente diferenciá-los:

a) Extradição: conforme definimos anteriormente, a extradição se refere ao ato de entregar, mediante requisição, a Estado estrangeiro, brasileiro naturalizado ou estrangeiro que lá tenha praticado algum delito.

Figura 4.4 | Passaporte

Fonte: Adaptado de <http://addmepics.com/galery/impossible/o/open-passport-clip-art/3/>. Acesso em: 26 jan. 2016.

b) Expulsão: é a retirada compulsória do estrangeiro, que se encontra em território nacional, por atentado à segurança nacional, à ordem política ou social, à tranquilidade ou moralidade pública e à economia popular ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Nesse caso, o estrangeiro não tem destino certo, bastando, para tanto, que outro país aceite recebê-lo. A expulsão foi

regulada pelos arts. 65 a 75, da Lei 6.815/1980. Vale notar que o referido art. 75 veda a expulsão nos seguintes casos: (i) se ela implicar em extradição vedada pela lei brasileira, por exemplo, em caso de crime político e de opinião; (ii) se o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro, de quem não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos; e (iii) caso o estrangeiro tenha filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda ou dele dependa economicamente. Nesse sentido, a Súmula 1, do STF, diz que "é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna". Vale notar que, conforme os §§ 1º e 2º, do referido art. 75, não impede a expulsão a adoção ou reconhecimento de filho brasileiro superveniente ao fato que a motivar nem no caso de abandono do filho, divórcio ou separação. O procedimento de expulsão se inicia por inquérito, em que obrigatoriamente deve ser respeitado o contraditório, e corre no Ministério da Justiça. A expulsão será decidida por ato discricionário do Presidente da República na forma de decreto presidencial, mas o ato expulsório se sujeita ao controle de constitucionalidade do Poder Judiciário. Somente com a edição de um novo decreto revogando o decreto de expulsão, o estrangeiro poderá retornar ao território nacional.

c) Deportação: trata-se da saída compulsória do estrangeiro que entrou ou permaneceu de forma irregular em território brasileiro, por não preencher os requisitos legais para aqui entrar ou permanecer. A deportação aplica-se somente ao estrangeiro e não ao brasileiro nato ou naturalizado, uma vez que o art. 5º, XLVII, d, da CF/88, veda a aplicação da pena de banimento.

Assimile

Vamos assimilar as características mais marcantes desses institutos? Vale lembrar que todos eles revelam uma forma de retirada compulsória de estrangeiros do país.

• Extradição: decorre de crime praticado no estrangeiro (estrangeiro = crime comum; brasileiro naturalizado = tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), que não seja entendido como crime político ou de opinião.

- Expulsão: decorre de crime praticado no território nacional.
- Deportação: não decorre da prática de delito, mas da entrada ou permanência irregular de estrangeiro no país.

d) Asilo político: outra definição bastante importante para o nosso estudo é a do asilo político. Trata-se de princípio que rege as relações internacionais, previsto no art. 4º, X, da CF/88, conforme estudamos na seção 1.2, e consiste na recepção de estrangeiro em território nacional, após solicitação por ele formulada, sem o preenchimento de qualquer requisito para ingresso ou permanência no país, para se evitar punição ou perseguição em seu país de origem por crime de natureza política ou ideológica, assim classificado pelo Estado que concederá o asilo. O asilado político no Brasil se sujeitará, além dos deveres impostos pelo direito internacional, às obrigações previstas na legislação vigente e as que o governo brasileiro impuser. Ele não poderá sair do Brasil sem autorização prévia do governo brasileiro, sob pena de renúncia ao asilo e impedimento de reingresso no país na condição de asilado político.

Por fim, o asilo político não se confunde com a condição de refugiado. Segundo Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2015, p. 710),

> **de acordo com a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, de 1951, refugiado é pessoa que "receando com razão de ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país".**

Nos termos do art. 33, da Lei 9.474/1997, o reconhecimento da condição de refugiado representa óbice ao seguimento de qualquer pedido de extradição que se fundamente nos fatos que ensejaram a concessão do refúgio.

Pesquise mais

Fica aqui a indicação de leitura sobre os remédios constitucionais estudados nesta seção:

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 520-536.

Nesta seção, estudamos as hipóteses de naturalização ordinária e extraordinária, a quase nacionalidade e a extradição, e entendemos como esta se diferencia da expulsão, da deportação e da concessão de asilo político. Na próxima e última seção desta unidade curricular, estudaremos especificamente os casos de perda e reaquisição da nacionalidade, os cargos privativos de brasileiros natos e as atividades consideradas nocivas ao interesse nacional. Mas antes disso, vamos solucionar a situação-problema, proposta nesta seção 4.3?

Sem medo de errar

Nesta seção, estudamos a naturalização ordinária e extraordinária e a quase nacionalidade, que já mencionamos na seção 4.2. A partir desse estudo, vamos responder à seguinte situação-problema: O Sr. Joaquim, português que veio para o Brasil no ano 2000, quando tinha 30 anos, acompanhado de sua família para fixar residência no país, poderia optar por que tipo de naturalização: ordinária ou extraordinária? Quais são os requisitos que ele deverá observar para tanto? A partir da naturalização, há hipótese de extradição aplicável a ele?

Atenção

Aqui é muito importante relembrar que a naturalização é hipótese de aquisição secundária da nacionalidade brasileira, não decorrendo do nascimento nem de laços consanguíneos, mas da manifestação de vontade de estrangeiro, que quer assumir esse vínculo jurídico com o país. A naturalização ordinária aplica-se aos estrangeiros, originários de países lusófonos que tenham residência ininterrupta no país há pelo menos um ano e comprovada idoneidade moral. A extraordinária se aplica a quaisquer outros estrangeiros que residam ininterruptamente no país há mais de 15 anos e não tenham sofrido condenação penal. Por outro lado, a quase nacionalidade não é hipótese de naturalização, mas de atribuição aos portugueses dos direitos concedidos aos brasileiros, caso haja reciprocidade em favor dos brasileiros naquele país.

A despeito de tudo que estudamos nesta seção e pensando as questões anteriormente citadas, de que tipo de naturalização poderá se socorrer o Sr. Joaquim? Quais requisitos ele deverá observar para se naturalizar brasileiro?

Lembre-se

Lembre-se de que a extradição não se aplica aos brasileiros natos, mas tão somente aos naturalizados e aos estrangeiros. Os naturalizados poderão ser extraditados por envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes ou de drogas afins e os estrangeiros, pela prática de crime comum. Todavia, nos termos do art. 5º, LII, da CF/88, é vedada a extradição pela prática de crime político ou de opinião.

E aí? Como você avalia a questão? O Sr. Joaquim poderá ser extraditado antes da naturalização em quais circunstâncias? E após a naturalização?

Avançando na prática

Pratique mais	
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.	
Extradição aplicada ao estrangeiro e ao brasileiro naturalizado	
1. Competência de Fundamentos de Área	Compreender, a partir da análise das hipóteses de extradição, a possibilidade de ela ser aplicada no caso concreto.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar especialmente as hipóteses de extradição aplicadas ao brasileiro naturalizado e ao estrangeiro.
3. Conteúdos relacionados	• Naturalização ordinária e extraordinária. • Hipóteses de extradição aplicadas ao brasileiro naturalizado. • Hipóteses de extradição aplicadas ao estrangeiro. • Inaplicabilidade da extradição em caso de crime político.

4. Descrição da SP	Um equatoriano, político atuante de partido de extrema esquerda, fixou residência no Brasil em 1990, diante das ameaças feitas a ele, à sua esposa e aos seus filhos. Em 2010, ele optou por se naturalizar brasileiro, já que um dos seus três filhos nasceu aqui e ele preenchia os requisitos para tanto: não possuir condenação penal e residir ininterruptamente no país há mais de 15 anos. No ano seguinte ao deferimento de sua naturalização, ele retornou de férias ao Equador e, juntamente com outros antigos companheiros de partido, raptou uma deputada que era sua opositora, a torturou, violentou e matou. Sem ser pego, ele retornou ao Brasil com sua família. Após o julgamento pela justiça equatoriana, respeitado o devido processo legal, o governo do Equador requereu ao Brasil a sua extradição. Pergunta-se: Ele poderá ser extraditado tendo a sua naturalização ocorrido antes do crime? A seu ver, trata-se de crime comum ou de crime político? Caso ele não tivesse se naturalizado, o fato de ter tido um filho no Brasil que dele depende economicamente impediria a sua extradição?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar as hipóteses de extradição do brasileiro naturalizado e do estrangeiro; devemos nos lembrar de que compete ao STF a análise do caso para verificar se o crime é ou não político, o que, por força do art. 5º, LII, da CF/88, afastaria a extradição.

Lembre-se

Conforme a Súmula 421, do STF, a existência de relações familiares, de filhos brasileiros, cônjuge ou companheiro do extraditando, ainda que dependentes economicamente dele, não possui relevância jurídica para determinar ou não a extradição. Diferentemente ocorre com a expulsão, o art. 75, da Lei 6.815/1980 a veda se o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro, de quem não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos e caso o estrangeiro tenha filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda ou dele dependa economicamente. Nesse sentido, a Súmula 1, do STF, diz que "é vedada a expulsão de estrangeiro casado com Brasileira, ou que tenha filho Brasileiro, dependente da economia paterna".

Faça você mesmo

A partir de então, pensando na questão correlata ao cabimento dos remédios constitucionais estudados nesta seção, você agora é capaz de analisar outros casos como esse. A extradição pode ser concedida em relação aos portugueses beneficiários da quase nacionalidade? Se sim, avalie os crimes que a ensejariam.

Faça valer a pena

1. Naturalização é a forma de aquisição secundária da nacionalidade brasileira por estrangeiros que preencham os requisitos postos na CF/88. Esses requisitos variam de acordo com a origem do estrangeiro, podendo ela ser considerada ordinária e extraordinária.
Com base nessas informações, avalie as assertivas a seguir:
I. A naturalização ordinária se aplica aos estrangeiros originários de países de língua portuguesa que comprovem residência ininterrupta no Brasil por mais de um ano e ausência de condenação penal.
II. A naturalização extraordinária se aplica aos estrangeiros de qualquer nacionalidade que comprovem residência no país há mais de 15 anos e idoneidade moral.
III. A quase nacionalidade não é hipótese de naturalização, uma vez que o português permanece na condição de estrangeiro, somente sendo a ele atribuídos os direitos correlatos aos brasileiros, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros em Portugal e ressalvados os casos previstos na CF/88.
A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

a) São corretas as assertivas I, II e III.
b) São corretas as assertivas I e II, apenas.
c) São corretas as assertivas I e III, apenas.
d) São corretas as assertivas II e III, apenas.
e) É correta apenas a assertiva I.

2. Um angolano que veio para o Brasil em 2000, fixando aqui residência desde então, consultou um advogado para saber quais são os requisitos para se naturalizar. A partir disso, assinale a alternativa INCORRETA:

a) Em se tratando de estrangeiro originário de país de língua portuguesa, ele poderá se socorrer da forma secundária de aquisição da nacionalidade, por meio da naturalização extraordinária.
b) Um dos requisitos a ser observado pelo angolano é a residência no país por um ano ininterruptamente.
c) O angolano, para se naturalizar brasileiro, deverá comprovar idoneidade moral.
d) O angolano é originário de país lusófono.
e) A naturalização depende de manifestação de vontade do angolano, ou seja, ele deverá requerer a naturalização e comprovar o preenchimento dos requisitos para tanto, não sendo esta concedida automaticamente.

3. Um sueco veio para o Brasil para trabalhar em uma multinacional. Ele se mudou para São Paulo em 1995, casou-se com uma brasileira e teve filhos cinco anos depois. Por ter se adaptado à cultura, pela família que aqui construiu e por não querer voltar a viver na Suécia, ele optou pela naturalização. Sobre isso, marque a alternativa INCORRETA:

a) Para se naturalizar brasileiro, ele deverá formular requerimento de naturalização e comprovar residência ininterrupta no Brasil por 15 anos e ausência de condenação penal.
b) O sueco poderá se socorrer da hipótese de naturalização ordinária.
c) Naturalizado, ele somente poderá ser extraditado em caso de envolvimento com o tráfico de entorpecentes ou drogas afins.
d) O casamento com brasileira por mais de cinco anos e os filhos brasileiros que são economicamente dependentes dele podem evitar a sua expulsão em caso do cometimento no Brasil de um dos crimes que a ensejam, praticados antes da naturalização.
e) Ele poderá ser extraditado por crime comum, praticado antes da naturalização, mesmo tendo aqui se casado e tido filhos.

Seção 4.4

Cargos e perda da nacionalidade

Diálogo aberto

Vamos à última seção desta unidade curricular de "Teoria geral do direito constitucional". Estamos estudando "Direitos, partidos políticos e nacionalidade" a partir da seguinte situação geradora de aprendizagem: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido te consultou para que você, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

Relembrando o problema, destacamos que apesar de o *caput* do art. 5º, da CF/88, determinar que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", a própria CF/88 prevê situações em que o tratamento dos brasileiros e dos estrangeiros será diferenciado. Entre essas situações estão os direitos políticos, que não são, em geral, atribuídos aos estrangeiros.

Na seção 4.1, fizemos o estudo dos direitos políticos, dos partidos políticos e das questões atinentes à fidelidade partidária para responder à seguinte situação-problema: Como você, avalia a alistabilidade e a elegibilidade do Sr. Joaquim antes e depois da naturalização? Como estrangeiro, ele poderia se filiar a um partido político? E como brasileiro naturalizado? Na seção 4.2, analisamos especialmente os pressupostos conceituais da nacionalidade, suas espécies, critérios e as normas constitucionais aplicáveis aos brasileiros natos e aos naturalizados, para

responder à questão atinente aos direitos fundamentais aplicados ao Sr. Joaquim enquanto estrangeiro no país e os requisitos que ele deverá observar para requerer a sua naturalização. A partir disso, analisamos se ele conservaria a nacionalidade portuguesa e os direitos fundamentais que o alcançariam a partir da naturalização. Na seção 4.3, estudamos a naturalização ordinária e extraordinária e a quase nacionalidade, além das hipóteses de extradição. A partir desse estudo, analisamos por qual tipo de naturalização o Sr. Joaquim poderia optar e quais são os requisitos que ele deveria observar. Além disso, estudamos se a extradição poderia ser a ele aplicada.

Agora, na seção 4.4, analisaremos os cargos que são privativos de brasileiros natos e as atividades que são consideradas nocivas para o interesse nacional, além das hipóteses de perda e reaquisição da nacionalidade, objetivando responder à seguinte questão: Antes da naturalização do Sr. Joaquim, na condição de estrangeiro, ele poderia concorrer ao cargo de deputado estadual? E após a naturalização? Quais cargos lhe são vedados constitucionalmente? Por fim, em quais hipóteses o Sr. Joaquim poderá perder a nacionalidade brasileira após a naturalização?

Para tanto, deveremos: (i) compreender quais são os cargos privativos de brasileiros; (ii) entender as hipóteses de perda e de reaquisição da nacionalidade; e (iii) analisar os casos de cancelamento e aquisição de outra nacionalidade.

Não pode faltar

Nesta última seção desta unidade curricular, vamos analisar apenas três pontos que não foram estudados nas seções anteriores por demandar um pouquinho mais de atenção, uma vez que são bastante cobrados nos concursos públicos e nos Exames da OAB. São eles: (i) cargos privativos de brasileiros natos; (ii) as atividades consideradas nocivas ao interesse nacional; e (iii) hipóteses de perda e reaquisição da nacionalidade. Vamos a cada um deles:

1. Cargos privativos de brasileiros natos: Nesse ponto, vamos relembrar o que vimos nas seções anteriores: "A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos na atual Constituição", conforme o art. 12, §2º,

da CF/88. Nesse sentido, o §3º do referido artigo constitucional apresenta um desses casos de distinção entre brasileiros natos e naturalizados ao elencar os cargos que não podem ser preenchidos por brasileiros naturalizados nem por estrangeiros: (i) Presidente da República e vice; (ii) Presidente da Câmara dos Deputados; (iii) Presidente do Senado Federal; (iv) Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF); (v) da carreira diplomática: ressalte-se que o chefe da carreira diplomática é o Ministro das Relações Exteriores, cargo que poderá ser ocupado por brasileiro naturalizado; (vi) oficial das Forças Armadas; (vii) Ministro de Estado da Defesa.

Reflita

O art. 119, parágrafo único da CF/88, determina que a presidência e a vice-presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sejam ocupadas por Ministro do STF. Além disso, o art. 103-B, I, da CF/88, afirma que a presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seja ocupada pelo Presidente do STF. Sendo assim, é possível concluir que além das hipóteses listadas no art. 12, §3º, da CF/88, existem mais três cargos privativos de brasileiros natos, quais sejam: Presidente e Vice-Presidente do TSE e Presidente do CNJ?

Sendo os cargos acima citados ocupados por Ministros do STF, elencados como privativos de brasileiros natos no art. 12, §3º, IV, da CF/88, não parece haver dúvidas a respeito. Mas o que você acha? Poderíamos dizer que a CF/88 elenca não somente no art. 12, §3º, os cargos privativos de brasileiros natos? Teríamos, no caso, que recorrer à interpretação sistemática?

Assimile

Devemos memorizar os cargos privativos de brasileiros natos, mas devemos ter em mente as seguintes observações:

- Maiores autoridades dos três poderes: (i) Executivo: Presidente e vice; (ii) Legislativo: Presidente da Câmara e Presidente do Senado; (iii) Judiciário: Ministros do STF.

• Observe que qualquer Ministro do STF deve ser brasileiro nato. Já no caso dos membros do Poder Legislativo federal, somente os Presidentes da Câmara e do Senado devem ser brasileiros natos.

• O único cargo de Ministro de Estado, membro do Poder Executivo, que é reservado a brasileiro nato é o de Ministro da Defesa.

Atenção

Note que a privatividade desses cargos, que somente podem ser ocupados por brasileiros natos, relaciona-se diretamente à linha de sucessão presidencial, que, conforme disposto nos arts. 79 e 80, da CF/88, será feita pelo Vice-presidente e sucessivamente pelo Presidente da Câmara dos Deputados, pelo presidente do Senado Federal e pelo presidente do STF. Além disso, a razão por se reservar os cargos de Ministro da Defesa, de membros da carreira diplomática e das forças armadas é puramente estratégica do ponto de vista das relações externas mantidas pelo país.

2. Atividades consideradas nocivas ao interesse nacional: são atividades que ensejam o cancelamento da sentença de naturalização, nos termos do art. 12, §4º, I, da CF/88. Trata-se de decisão desconstitutiva, proferida em processo de competência originária da Justiça Federal, nos termos do art. 109, X, da CF/88, que atinge a naturalização apenas após o trânsito em julgado da sentença, operando efeitos que não retroagem, chamados *ex nunc*. O chamado cancelamento da nacionalidade se refere, portanto, aos brasileiros naturalizados que praticarem atividades nocivas ao interesse nacional. E o que são as chamadas atividades nocivas ao interesse nacional? O poder constituinte originário não tratou de fazê-lo nem conferiu ao legislador infraconstitucional essa tarefa, o que a tornaria norma constitucional de eficácia limitada, conforme classificação de José Afonso da Silva. Sendo assim, o legislador constitucional relegou essa tarefa ao intérprete da CF/88, devendo ele, no momento da aplicação, identificar se a atividade em questão deverá ou não ser considerada nociva ao interesse nacional. Sendo o caso e culminando no cancelamento da naturalização, a reaquisição da nacionalidade somente poderá ocorrer por meio de ação rescisória, nos termos do

art. 996, da Lei 13.105/2015, mais conhecida como o Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Exemplificando

Um alemão que se mudou para o Brasil há mais de 15 anos e vive aqui ininterruptamente desde então, não tendo condenação penal, formulou requerimento de nacionalidade e teve a sua naturalização deferida. Posteriormente, envolveu-se com o tráfico ilícito de drogas, o que enseja, além da extradição, nos termos do art. 5º, LI, da CF/88, o cancelamento da naturalização por sentença judicial transitada em julgado, se essa atividade for considerada nociva ao interesse nacional, conforme o art. 12, §4º, I, da CF/88.

Faça você mesmo

Não há entre os julgados dos Tribunais Regionais Federais muitos processos sobre o tema, mas se você fosse o julgador de casos como esse, como definiria o que seria considerado atividade nociva ao interesse nacional? Ela necessariamente seria configurada como uma atividade criminosa? Tais crimes poderiam ser comuns ou deveriam estar ligados à organização do Estado?

3. Hipóteses de perda e de reaquisição da nacionalidade: conforme art. 12, §4º, II, da CF/88, a perda de nacionalidade, nesse caso, diferentemente do cancelamento anteriormente visto, pode operar seus efeitos tanto em relação aos brasileiros natos quanto aos brasileiros naturalizados e ocorre por ato de liberalidade, ou seja, ato voluntário, quando o brasileiro requer e tem deferida a sua naturalização em outro país. Nesse caso, a reaquisição da nacionalidade brasileira somente ocorrerá por decreto do Presidente da República, comprovada a residência no país, nos termos do art. 36, da Lei 818/1949. Vale notar que não havendo esse ato de liberalidade, não há de se falar em perda da nacionalidade, o que ocorre nos seguintes casos: (i) nacionalidade estrangeira originária, como ocorre com os filhos de italianos nascidos no Brasil, que automaticamente adquirem a nacionalidade italiana; (ii) imposição da naturalização por lei estrangeira, seja para permanência em seu território, como no caso de ser necessária a naturalização para

trabalhar em país estrangeiro ou para ter acesso a serviços públicos, ou para o exercício de atos da vida civil, como a aquisição de outra nacionalidade pelo cônjuge brasileiro do cônjuge estrangeiro como efeitos do casamento e o testamento. Nesses casos, o brasileiro conservará a dupla nacionalidade.

Podemos concluir a existência de duas hipóteses que têm como consequência a perda da nacionalidade: (i) o cancelamento da naturalização, por sentença judicial, pela prática de atividade considerada nociva ao interesse nacional; e (ii) pela aquisição de nova nacionalidade com as ressalvas cabíveis nesse caso. Diante delas, temos as seguintes hipóteses de reaquisição da nacionalidade brasileira: (i) cancelamento da naturalização: somente por ação rescisória da sentença transitada em julgado; (ii) aquisição voluntária de outra nacionalidade: decreto presidencial, desde que comprove residência no país.

Uma última observação: de acordo com José Afonso da Silva (2015), as Constituições anteriores previam a perda da nacionalidade dos brasileiros que aceitassem comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Presidente da República. Como a CF/88 não trouxe essa hipótese como causa de perda nacionalidade brasileira, aqueles que a tiverem perdido por terem aceitado comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro, poderão reavê-la sem sequer renunciar a esses benefícios. Vale notar que, nesse caso, a reaquisição da nacionalidade brasileira somente opera seus efeitos a partir do decreto que a conceder, não tendo efeito retroativo. Assim, o brasileiro nato, antes da perda da nacionalidade, readquire todos os direitos e deveres do brasileiro nato, e o naturalizado readquire os direitos e deveres dos brasileiros ante a impossibilidade de diferenciação, salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, conforme art. 12, §2º, da CF/88.

Pesquise mais

Fica aqui a indicação de uma leitura bastante curta a respeito dos pontos estudados nesta seção:

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 336-338.

Sem medo de errar

Agora é hora de discutirmos o problema proposto no início desta seção.

Para tanto, devemos retomar a situação geradora de aprendizagem que viemos discutindo desde o início desta unidade de ensino: O Sr. Joaquim, natural de Lisboa, Portugal, veio com sua família para o Brasil em 2000, quando tinha 30 anos. Logo que chegou ao país, a família resolveu partir em busca de emprego no interior do Estado de São Paulo, onde mais tarde o Sr. Joaquim se tornaria uma liderança política bastante relevante, lutando por causas relativas aos pequenos agricultores e cooperativas agrícolas da região. Em viagem à capital do Estado, em 2013, o Sr. Joaquim perdeu todos os seus documentos, e diante do ocorrido te consultou para que você, renomado jurista, emitisse parecer sobre as vantagens e desvantagens de se naturalizar brasileiro, tendo em vista o seu desejo de concorrer a um cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

Nesta seção, estudamos os cargos que são privativos de brasileiros natos e as atividades que são consideradas nocivas para o interesse nacional, além das hipóteses de perda e reaquisição da nacionalidade, objetivando responder à seguinte questão: Antes da naturalização do Sr. Joaquim, na condição de estrangeiro, ele poderia concorrer ao cargo de deputado estadual? E após a naturalização? Quais cargos lhe são vedados constitucionalmente? Por fim, em quais hipóteses o Sr. Joaquim poderá perder a nacionalidade brasileira após a naturalização?

Atenção

São os seguintes os cargos privativos de brasileiros natos, ou seja, que compõem exceção ao tratamento equânime que deve ser conferido aos brasileiros naturalizados, por força do art. 12, §2º, da CF/88:

- Maiores autoridades dos três poderes: (i) Executivo: Presidente e vice; (ii) Legislativo: Presidente da Câmara e Presidente do Senado; (iii) Judiciário: Ministros do STF.

- Os cargos da carreira diplomática, exceto o chefe dessa carreira, o Ministro das Relações Exteriores, que poderá não ser brasileiro nato,

visto que o único cargo de Ministro de Estado, membro do Poder Executivo, que é reservado a brasileiro nato é o de Ministro da Defesa.

- Os cargos de oficial das forças armadas.

Diante de tudo o que estudamos e com base no art. 12, §3º, da CF/88, existe vedação para que o Sr. Joaquim concorra ao cargo de deputado estadual após a naturalização? E antes da naturalização? Sabemos que o português com residência permanente no país, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros em Portugal, possui os mesmos direitos relativos aos brasileiros, ressalvados: (i) a possibilidade de extradição nas hipóteses previstas no art. 5º, LI, da CF/88; (ii) os cargos privativos dos brasileiros natos, elencados no art. 12, §3º, da CF/88; (iii) a participação no Conselho da República, nos termos do art. 89, VII, da CF/88; e (iv) a propriedade de empresa jornalística ou de radiodifusão, conforme art. 222, da CF/88. A partir disso, o Sr. Joaquim, antes da naturalização, mas detentor da quase nacionalidade, caso haja reciprocidade em Portugal em favor dos brasileiros, é alistável e elegível ao cargo de deputado estadual?

Lembre-se

Nos termos do art. 12, §4º, da CF/88, resultam na perda da nacionalidade brasileira: (i) o cancelamento da naturalização, por sentença judicial transitada em julgado, diante da prática de atividade nociva ao interesse nacional por brasileiro naturalizado; (ii) a aquisição voluntária de outra nacionalidade por brasileiro nato ou naturalizado, salvo nos casos de reconhecimento de nacionalidade ordinária por lei estrangeira ou imposição, também pela lei estrangeira, da naturalização como condição para permanência no território ou para exercício de direitos civis.

A partir disso, em quais hipóteses o Sr. Joaquim poderá perder a nacionalidade brasileira, adquirida por força da naturalização? Você considera cabível a aplicação dessas hipóteses do art. 12, §4º, da CF/88, antes mesmo de ele se naturalizar?

Avançando na prática

Pratique mais
Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com as de seus colegas.

Cancelamento da naturalização por atividade nociva ao interesse nacional	
1. Competência de Fundamentos de Área	Compreender, a partir da análise das hipóteses de cancelamento da naturalização e de perda da nacionalidade, as consequências de cada um desses institutos e como podem ser diferenciados.
2. Objetivos de aprendizagem	Analisar as hipóteses de perda da nacionalidade previstas no art. 12, §4º, da CF/88.
3. Conteúdos relacionados	• Cancelamento da naturalização. • Definição de atividade nociva ao interesse nacional. • Perda da nacionalidade. • Exceções aplicadas às hipóteses de perda da nacionalidade.
4. Descrição da SP	Uma chinesa se naturalizou brasileira e utilizou-se dessa condição para abrigar no país, em condições subumanas, chineses em situação irregular no Brasil, explorando o sofrimento dessas pessoas com o intuito de lucro. A partir disso, a chinesa naturalizada brasileira poderá ter cancelada a sua naturalização? Pode-se afirmar que a manutenção de outros chineses em situação irregular no país em condições análogas a de escravos poderá ser considerada atividade nociva ao interesse nacional? Além do cancelamento da naturalização, a chinesa poderá ser extraditada?
5. Resolução da SP	Para resolver a questão, vamos analisar a definição de atividade nociva ao interesse nacional, como foi feito pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento pela quarta turma de apelação no processo 0016348-97.2006.4.03.6100. Além disso, lembre-se de que o art. 5º, LI, da CF/88, determina a extradição do brasileiro naturalizado pela prática de crime comum antes da naturalização ou pelo envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes após a naturalização.

Lembre-se

A exploração de mão de obra escrava em virtude da permanência irregular de chineses no país afronta os fundamentos da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, nos termos do art. 1º, III e IV, da CF/88. Além disso, atenta contra o objetivo fundamental, previsto no art. 3º, IV, da CF/88, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Com base nessas normas constitucionais, a manutenção de chineses ilegalmente no Brasil, em condições subumanas, pode se encaixar no conceito de

atividade nociva ao interesse nacional e ensejar o cancelamento da naturalização daquela que o praticou? O que você acha?

Faça você mesmo

A partir de então, pensando na questão atinente ao cancelamento da naturalização, por sentença transitada em julgado, em decorrência da prática de atividade considerada nociva ao interesse nacional, você considera ser o envolvimento do naturalizado em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins atividade nociva ao interesse nacional? O fato de ensejar a extradição do estrangeiro naturalizado, nos termos do art. 5º, LI, da CF/88, é suficiente para caracterizar tal atividade como nociva e ensejar o cancelamento da naturalização? O envolvimento no tráfico de drogas é causa de perda da nacionalidade? Como você se posiciona a respeito?

Faça valer a pena

1. Analise as assertivas e, a seguir, assinale a opção correta:
I. A previsão constitucional de cargos que são privativos de brasileiros natos não importa em violação da proibição de distinção entre brasileiros natos e naturalizados
PORQUE
II. A própria CF/88 salienta que ela poderá trazer exceções a essa proibição, tal como ocorre também com as hipóteses de extradição aplicáveis ao brasileiro naturalizado, com a composição do Conselho da República e com a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão.
A respeito dessas asserções, assinale a opção correta.

a) As asserções I e II são proposições verdadeiras, e a II é uma justificativa da I.
b) As asserções I e II são proposições verdadeiras, mas a II não é uma justificativa da I.
c) A asserção I é uma proposição verdadeira, e a II é uma proposição falsa.
d) A asserção I é uma proposição falsa, e a II é uma proposição verdadeira.
e) As asserções I e II são proposições falsas.

2. O Sr. João, italiano que se naturalizou brasileiro há mais de dez anos, deseja ingressar na política e concorrer a um cargo eletivo. Ele poderá concorrer aos seguintes cargos, EXCETO:

a) Prefeito.
b) Governador.
c) Deputado estadual.
d) Deputado federal.
e) Vice-presidente.

3. O art. 12, §3º, da CF/88, elenca os cargos que são privativos de brasileiros natos. Sobre isso, julgue as assertivas a seguir:
I. Os cargos privativos de brasileiros natos podem ser ocupados por brasileiros naturalizados, mas não por estrangeiros.
II. Tendo em vista que a quase nacionalidade atribui aos portugueses os direitos conferidos aos brasileiros, caso haja reciprocidade em favor dos brasileiros em Portugal, os portugueses, mesmo que haja a aludida reciprocidade, não poderão ocupar os cargos privativos de brasileiros natos, porque eles passam a gozar apenas dos direitos inerentes aos brasileiros naturalizados.
III. O cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça não é privativo de brasileiro nato.
É correto o que se afirma em:

a) I, apenas.
b) III, apenas.
c) I e II, apenas.
d) II e III, apenas.
e) I, II e III.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; DIAS, Frederico. **Aulas de direito constitucional para concursos**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Anotações

Anotações

Anotações

ISBN 978-85-8482-455-7

9 788584 824557 >